

Ausgewählte Rechtsbehelfe der Glarner Zivilprozessordnung

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

THOMAS NUSSBAUMER

von Lüterkofen-Ichertswil SO

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Hans Ulrich Walder

1900

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41507216_0013

Ausgewählte Rechtsbehelfe der Glarner Zivilprozessordnung

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

THOMAS NUSSBAUMER

von Lüterkofen-Ichertswil SO

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Hans Ulrich Walder

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 23. Januar 1980

Der Dekan:

Prof. Dr. J. Rehberg



Die gleiche Arbeit ist im Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, erschienen als Heft 48 der Reihe

Zürcher Studien zum Verfahrensrecht

Herausgegeben im Auftrag der Juristischen Abteilung der Universität Zürich von R. Hauser, H. Nef und H.U. Walder

MEINEN ELTERN

VORWORT

Die vorliegende Arbeit soll neben einer kurzen Darstellung des geltenden Glarner Zivilprozesses vor allem einen Überblick über verschiedene Rechtsbehelfe der Glarner Zivilprozessordnung geben. Namentlich soll sie dem Rechtsuchenden einen Einblick in die Praxis verschaffen, welcher gegenwärtig selbst für Juristen erschwert ist, da über die derzeit in Kraft stehende Zivilprozessordnung noch keine Publikation vorliegt und die Entscheide der Glarner Gerichte nicht veröffentlicht werden.

Die Auswahl der Institute mag willkürlich erscheinen, doch musste, um nicht den Rahmen der vorliegenden Arbeit zu sprengen, eine Auswahl getroffen werden, die sich vor allem danach richtete, ob der betreffende Rechtsbehelf dem Rechtsuchenden die Rechtsverfolgung überhaupt ermöglicht (so etwa die unentgeltliche Prozessführung) oder wesentlich erleichtert (so etwa das Befehlsverfahren). Die Arbeit beschränkt sich zur Hauptsache auf den Glarner Zivilprozess, wobei vor allem der Gerichtspraxis besondere Beachtung geschenkt wird. Verweisungen auf ausserkantonale Zivilprozessordnungen und auf die Praxis in anderen Kantonen sollen dazu dienen, die Regelungen in der Glarner Zivilprozessordnung besser verständlich zu machen und andere Möglichkeiten aufzuzeigen.

Literatur und Judikatur wurden bis Ende 1978 berücksichtigt. Die an der Landsgemeinde 1979 erfolgten Änderungen sind ebenfalls noch verarbeitet worden.

An dieser Stelle möchte ich Herrn Prof. Dr. iur. Hans Ulrich Walder meinen Dank aussprechen für sein grosses Interesse an der vorliegenden Arbeit, für seine wertvollen Hinweise und für die Freiheit, die er mir bei der Ausarbeitung der Dissertation gewährt hat. Mein Dank gilt auch all jenen Personen, die in irgendeiner Art zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen haben.

INHALTSVERZEICHNIS

Vorwort	V
Literaturverzeichnis	XIX
Verzeichnis der Rechtsquellen	XXII
Verzeichnis der Materialien	XXIV
Glarner Entscheide	XXV
Abkürzungen	XXVI

1. TEIL

Einleitung: Überblick über den Glarner Zivilprozess

§ 1	Die Entstehung der Zivilprozessordnung vom 2. Mai 1965	2
§ 2	Grundzüge der Glarner Zivilgerichtsorganisation	4
I	Allgemeines	4
II	Die einzelnen Organe der Zivilrechtspflege	5
A	Vermittler	5
B	Zivilgerichtspräsident	6
C	Zivilgericht	6
D	Augenscheingericht	7
E	Obergericht	8
F	Weitere Organe der Zivilrechtspflege	9
§ 3	Grundzüge des ordentlichen Verfahrens	10
I	Besondere Merkmale des Glarner Zivilprozesses	10
A	Grundsatz der Öffentlichkeit	10
B	Ausgeprägte Mündlichkeit	10
C	Verhandlungsmaxime	11
D	Eventualmaxime	12
II	Erstinstanzliches Verfahren	13
A	Klageeinleitung und Streitanhängigkeit	13
1.	Grundsätzliches	13
2.	Klageeinleitung	13
3.	Eintritt und Wirkungen der Streitanhängigkeit	14
a)	Eintritt der Streitanhängigkeit	14
b)	Wirkungen der Streitanhängigkeit	15
B	Vermittlung	16
1.	Zweck und Verfahren	16
2.	Besonderheiten	17
C	Vorbereitung der Hauptverhandlung	19
1.	Kostenvorschuss	19
a)	Allgemeines	19
b)	Folgen bei Nichtleistung	19
2.	Niederlegung der Urkunden in der Kanzlei und Anmeldung der Zeugen	20
D	Gang der Hauptverhandlung	21

VIII

1. Ordentliches Verfahren	21
a) Mündliches Verfahren	21
aa) Vor Kollegialgerichten	21
bb) Vor dem Zivilgerichtspräsidenten	24
b) Schriftliches Verfahren	24
2. Beschleunigtes Verfahren	26
E Erledigung des Prozesses	27
F Prozesskosten	28
III Grundzüge des Rechtsmittelverfahrens	29
A Appellation	29
B Nichtigkeitsbeschwerde	32
C Revision	34

2. TEIL

Die einzelnen Rechtsbehelfe	37
-----------------------------	----

1. Abschnitt

Das Begehren um unentgeltliche Rechtspflege	38
---	----

§ 4 Einleitung	38
----------------	----

§ 5 Voraussetzungen für die Erteilung der unentgeltlichen Prozessführung	39
--	----

I Die anspruchsberechtigten Parteien	39
A Natürliche Personen	39
B Ausschluss der juristischen Personen	40
1. Herrschende Lehre und Rechtsprechung	40
2. Kein Anspruch auch aufgrund der Glarner Zivilprozessordnung	41
C Andere parteifähige Gebilde	41
D Streitgenossen und Nebenparteien	41
II Bedürftigkeit	42
A Zum Begriff "notwendiger Lebensunterhalt"	42
1. Gegenwärtige Auffassung	42
2. Kritik	43
B Kriterien zur Ermittlung der Bedürftigkeit	44
1. Grundlegende Aspekte	44
2. Grundsätze der Praxis	44
a) Ausschöpfen der eigenen finanziellen Möglichkeiten	44
b) Bedeutung der verschuldeten Armut	45
c) Bedeutung der familiären Verhältnisse	45
d) Weitere Fälle	46
III Fehlen von offenbar mutwilliger oder grundloser Prozessführung	46
A Grundlosigkeit	47
1. Bundesgerichtliche Praxis	47
2. Offenbar grundlose Prozessführung i.S. von ZPO 54 Abs. 1	47
3. Erfolgsaussichten des Beklagten	48
4. Massgebender Zeitpunkt für die Beurteilung der Erfolgsaussichten	48
5. Beispiele	49
B Mutwilligkeit	49

§ 6	Anwendungsbereich	49
I	Zivilprozesse	49
II	Freiwillige Gerichtsbarkeit	50
III	Verfahren vor Schiedsgerichten	51
IV	Schuldbetreibungsverfahren	51
V	Ehrverletzungsprozesse	52
VI	Prozesse gegen Sozialversicherungsanstalten	52
§ 7	Bewilligungsverfahren	52
I	Gesuch	52
A	Form und Inhalt	52
B	Zeitpunkt	53
C	Wirkungen des Gesuches	55
II	Zuständige Instanz	55
A	Für Angelegenheiten vor Glarner Gerichten	55
B	Für Prozesse vor dem Bundesgericht	56
III	Verfahren	56
IV	Stellung der Gegenpartei	56
V	Anspruch auf die Rechtswohltat	58
§ 8	Umfang der unentgeltlichen Prozessführung	58
I	Umfang des Anspruches gestützt auf Art. 4 BV	58
II	Umfang des Anspruches gemäss Art. 53 ZPO	59
A	Allgemeines	59
B	Die einzelnen Wirkungen	60
1.	Wegfall der Vorschusspflicht	60
2.	Kein Sicherstellen der gegnerischen Kosten	60
3.	Kein Entrichten von Einschreibebühren	61
4.	Einstweiliger Erlass der rechtlichen Kosten	61
5.	Einstweilige Befreiung von den ausserrechtlichen Kosten	62
III	Vergleich mit anderen Kantonen	62
§ 9	Der unentgeltliche Rechtsbeistand im besonderen	63
I	Anspruch des Bedürftigen auf unentgeltliche Verbeiständung	63
II	Bestellung des Anwaltes	64
A	Zuständige Instanz	64
B	Stellung der ausserkantonalen Anwälte	64
III	Verhältnis zur armen Partei	65
IV	Verhältnis zum Staat	66
A	Übernahmepflicht	66
B	Ablehnungsrecht	66
C	Anspruch auf staatliche Entschädigung	66
§ 10	Erlöschen der unentgeltlichen Prozessführung	67
I	Die einzelnen Gründe	67
A	Verzicht	67
B	Ausscheiden aus dem Prozess	67
C	Beendigung des Prozesses vor einer Instanz	68
D	Entzug	68
1.	Allgemeines	68
2.	Zur Frage der rückwirkenden Kraft des Entzuges	69
II	Nachzahlungspflicht	69

X

§ 11	Rechtsmittel	70
I	Kantonale Rechtsbehelfe	70
A	Wiedererwägungsgesuch	70
B	Nichtigkeitsbeschwerde	70
1.	Grundsätzliches	70
2.	Die widersprüchliche Praxis zu Art. 50 Abs. 2 der alten ZPO vom 4. Mai 1930	71
C	Rekurs ans Gesamtobergericht	72
II	Staatsrechtliche Beschwerde	72
A	Allgemeines	72
B	Die Überprüfungsbefugnis des Bundesgerichtes auf dem Gebiete der unentgeltlichen Prozessführung	73
1.	Kognition beim bundesrechtlichen Anspruch gemäss Art. 4 BV	73
a)	Hinsichtlich der Bedürftigkeit	73
b)	Hinsichtlich der Aussichtslosigkeit	73
c)	Hinsichtlich des Rechtsbestandes	74
2.	Kognition beim kantonalrechtlichen Anspruch	74
§ 12	Unzulänglichkeiten der unentgeltlichen Rechtspflege im gerichtlichen Bereich	74
2. Abschnitt		
Rechtsbehelfe bei Abwesenheit der Gegenpartei und bei eigener Versäumung		77
1. Kapitel		
Das Ediktalverfahren		77
§ 13	Zweck und Berechtigung	77
§ 14	Voraussetzungen	78
I	In materieller Hinsicht	78
A	Unbekannter Aufenthaltsort einer Partei	78
B	Nichtzustellen der Vorladung durch die ausländischen Behörden	79
II	Nachweis der materiellen Voraussetzung	79
III	Formelle Voraussetzungen	80
§ 15	Das Ediktalverfahren	80
I	Anwendungsbereich	80
II	Einfluss des Ediktalbegehrens auf die Rechtshängigkeit	81
III	Bewilligungsverfahren	81
§ 16	Die Ediktalladung und ihre Wirkungen	82
I	Adressat der Ediktalladung	82
II	Die Ediktalladung	83
A	Inhalt	83
B	Publikationsort	84
III	Wirkungen der Ediktalladung	84
IV	Folgen und Anfechtung der ungehörigen Ediktalladung	84
§ 17	Der weitere Prozessverlauf im Anschluss an eine Ediktalladung	85
I	Bei Erscheinen der öffentlich vorgeladenen Partei	85
II	Bei Ausbleiben der öffentlich vorgeladenen Partei	85

2. Kapitel	
Das Begehren um Aufhebung eines Versäumnisurteils	87
§ 18 Zweck des Begehrens	87
§ 19 Versäumnisurteile als Gegenstand des Aufhebungsbegehrens	88
§ 20 Voraussetzungen für den Erlass eines Versäumnisurteils	89
I Voraussetzungen der Versäumnis	89
II Zeitpunkt der Versäumnis	89
III Versäumnisverfahren und Versäumnisfolgen	89
A Im mündlichen Hauptverfahren	89
1. Zum Hauptverfahren im allgemeinen	89
2. Erstmaliges Ausbleiben und dessen Folgen	90
a) Abwesenheitsgründe	90
b) Folgen des erstmaligen Ausbleibens	90
aa) Grundsatz	90
bb) Ausnahme	91
3. Versäumnisverfahren als Folge des zweiten Ausbleibens	92
4. Versäumnisfolgen	93
a) Im allgemeinen	93
aa) Bei Versäumnis des Klägers	93
bb) Bei Versäumnis des Beklagten	93
cc) Bei Ausbleiben beider Parteien	94
b) Bei Prozessen mit Oficialmaxime	94
5. Besonderheit bei Ehescheidungsprozessen	95
B Im schriftlichen Verfahren	95
C Versäumnisverfahren im Anschluss an eine Ediktalladung	96
D Im beschleunigten Verfahren	97
E Im Appellationsverfahren	97
IV Das Versäumnisurteil	98
§ 21 Die Rechtsbehelfe gegen ein Versäumnisurteil	98
I Für die nichtsäumige Partei	98
II Für die säumige Partei	99
A Rechtsmittel	99
B Begehren um Aufhebung eines Versäumnisurteils	99
C Regelung in anderen Kantonen	99
III Konkurrenz zwischen Aufhebungsbegehren und Rechtsmitteln	100
§ 22 Die acht Entschuldigungsgründe	101
I Bedeutung der Entschuldigungsgründe	101
II Die einzelnen Entschuldigungsgründe	102
A Krankheit (ZPO 131 Abs. 1 Ziff. 1)	102
B Landesabwesenheit (ZPO 131 Abs. 1 Ziff. 2)	103
C Gefährliche Krankheit eines Familiengliedes (ZPO 131 Abs. 1 Ziff. 3)	103
D Trauerfälle (ZPO 131 Abs. 1 Ziff. 4)	103
E Fälle höherer Gewalt (ZPO 131 Abs. 1 Ziff. 5)	103
F Militärdienst (ZPO 131 Abs. 1 Ziff. 6)	105
G Unverschiebbare amtliche Verrichtungen (ZPO 131 Abs. 1 Ziff. 7)	106
H Missachtung der gesetzlichen Vorladungsfristen (ZPO 131 Abs. 1 Ziff. 8)	106
III Restitutionsgründe in anderen Kantonen	106

XII

§ 23	Formelle Aspekte des Aufhebungsbegehrens	107
I	Form und Einreichungsort	107
II	Frist	107
III	Wirkung des eingereichten Begehrens auf die Rechtskraft	108
IV	Aufhebungsverfahren	108
	A Zuständige Instanz	108
	B Verfahren	108
	C Stellung der nichtsäumigen Partei	109
V	Wirkungen des Aufhebungsentscheides	109
§ 24	Anfechtung des Aufhebungsentscheides	110
I	Kantonale Rechtsmittel	110
	A Für den Säumigen	110
	B Für die Gegenpartei des Säumigen	110
II	Staatsrechtliche Beschwerde	111
3. Kapitel		
Die Wiederherstellung einer Frist		112
§ 25	Die Wiederherstellung im Glarner Zivilprozessrecht	112
I	Begriff der Wiederherstellung	112
II	Fehlen einer gesetzlichen Regelung im Glarner Zivilprozessrecht	112
III	Praxis der Glarner Gerichte	112
	A Obergerichtsentscheid vom 27.10.1959	113
	B Präsidialverfügung vom 27.6.1972	114
	C Zivilgerichtsentscheid vom 14.10.1976/Obergerichtsentscheid vom 20.6.1977	114
IV	Wiederherstellung als allgemeiner Rechtsgrundsatz	115
Anhang		
§ 26	Bemerkungen de lege ferenda	116
I	Zum Ediktalverfahren	116
II	Zum Begehren um Aufhebung eines Versäumnisurteils	116
III	Zur Wiederherstellung einer Frist	118
3. Abschnitt		
Die Uneinlässlichkeitseinreden		119
§ 27	Einleitende Bemerkungen	119
I	Wesen und Zweck der Uneinlässlichkeitseinreden	119
II	Zum Begriff der Prozessvoraussetzungen und Prozesshindernisse	119
§ 28	Gegenstand der Uneinlässlichkeitseinreden	120
I	Art. 145 ZPO als Generalklausel	120
II	Geschichtlicher Rückblick	121
	A Die Zeit vor der ersten Zivilprozessordnung	121
	B Die Einreden in der ersten Zivilprozessordnung von 1837	121
	C Die Entwicklung seit 1837	122
	1. Die Zivilprozessordnung von 1860	122
	2. Die Zivilprozessordnung von 1895	122

3. Die Zivilprozessordnung von 1930	123
4. Die heute in Kraft stehende Zivilprozessordnung von 1965	124
III Gegenstand der Uneinlsslichkeitseinreden in der Glarner Praxis	124
A Einreden prozessualer Natur	124
1. Unzustndigkeitseinrede	124
2. Einrede der fehlenden Partei- oder Prozessfhigkeit bzw. gesetzliche Vertretung im Falle der Prozessunfhigkeit	125
3. Einrede der abgeteilten Sache	125
4. Einrede der Rechtshngigkeit	126
5. Einrede der Unzulssigkeit der gewhlten Prozessart	127
6. Einrede der mangelhaften Klageeinleitung	127
7. Einrede der fehlenden Postulationsfhigkeit	128
8. Einrede des Schiedsvertrages	128
9. Einrede der Leitscheinfristverwirkung	128
B Einreden materiellrechtlicher Natur	129
1. Einrede der fehlenden Sachlegitimation	129
2. Einrede der Klagefristverwirkung	129
3. Verjhrungseinrede	129
IV Folgerungen	130
V Kritische Bemerkungen zur Praxis	130
§ 29 Vorfrageverfahren	132
I Anwendungsbereich der Uneinlsslichkeitseinreden	132
II Geltendmachung der Uneinlsslichkeitseinreden	132
A Grundsatz	132
B Ausnahmen	132
III Zeitpunkt der Einredeerhebung	133
A Massgebender Zeitpunkt	133
1. Im mndlichen Verfahren vor Kollegialgerichten	133
2. Im schriftlichen Verfahren	134
3. Im Verfahren vor dem Zivilgerichtspräsidenten	134
B Nachtrgliche Zulassung von Uneinlsslichkeitseinreden	135
1. Mangel geht erst aus den Parteivortrgen hervor	135
2. Von Amtes wegen zu beachtende Voraussetzungen	135
C Folgen verspäteter Geltendmachung	136
IV Einrede in Form einer Vorfrage	136
A Form und Inhalt der Vorfrage	136
1. Im mndlichen Verfahren vor Kollegialgerichten	136
2. Im schriftlichen Verfahren	137
3. Im Verfahren vor dem Zivilgerichtspräsidenten	137
B Einfluss der Vorfrage auf den Gang des Hauptverfahrens	137
V Vorfrageverfahren	138
VI Erledigung des Vorfrageverfahrens	139
A Form des Entscheides	139
B Wirkungen	140
1. Bei Gutheissung einer Einrede	140
2. Bei Ablehnung einer Einrede	141
§ 30 Rechtsbehelfe gegen Vorfrageentscheide	141
I Kantonale Rechtsmittel	141
A Appellation	141
1. Entscheide über die Zuständigkeit	141
2. Entscheide betreffend Einlassungspflicht	141
3. Entscheide über die Zulssigkeit einer Widerklage	142
B Nichtigkeitsbeschwerde	142
II Rechtsbehelfe ans Bundesgericht	142

XIV

§ 31	Ausblick	143
4. Abschnitt		
	Befehlsverfahren und richterliche Weisungen	145
1. Kapitel		
	Das Befehlsverfahren	145
§ 32	Wesen und Zweck des Befehlsverfahrens	145
§ 33	Stellung des Befehlsverfahrens im Glarner Zivilprozess	146
I	Verhältnis zu den allgemeinen sowie speziellen Bestimmungen des ordentlichen Prozessverfahrens	146
A	Grundsatz	146
B	Einzelfragen	146
II	Befehlsverfahren und summarisches Verfahren	147
III	Befehlsverfahren und richterliche Weisungen	148
IV	Amtsbefehl und Rechtbot	148
V	Ordentliches Verfahren und Befehlsverfahren	150
§ 34	Zweck des Befehlsverfahrens	150
I	Kurzer Überblick	150
II	Die einzelnen Anwendungsfälle	151
A	Schnelle Handhabung klaren Rechts (ZPO 282 Ziff. 1 1. Halbsatz)	151
1.	Rechtliche Natur dieses Verfahrens	151
2.	Umfang der in diesem Verfahren durchsetzbaren Ansprüche	151
3.	Voraussetzungen für das Verfahren zur schnellen Handhabung klaren Rechts	152
a)	Klares Recht	152
b)	Nicht streitige oder sofort herstellbare tatsächliche Verhältnisse	152
4.	Beispiele aus der Praxis	153
B	Kantonales Vollstreckungsverfahren (ZPO 282 Ziff. 1 2. Halbsatz)	153
1.	Kantonale und bundesrechtliche Zwangsvollstreckung	153
2.	Gegenstand der kantonalen Zwangsvollstreckung	154
a)	Ansprüche nach rechtskräftiger gerichtlicher Feststellung	154
aa)	Allgemeines	154
bb)	Ausserkantonale und ausländische Erkenntnisse im besonderen	155
b)	Vergleiche	156
C	Anordnung vorsorglicher Massnahmen (ZPO 282 Ziff. 2)	157
D	Besitzerschutz (ZPO 282 Ziff. 3 und 4)	157
1.	Der Besitzerschutz im allgemeinen	157
2.	Die Klage aus Besitzesstörung im besonderen (ZPO 282 Ziff. 3)	158
3.	Die Klage aus Besitzesentziehung im besonderen (ZPO 282 Ziff. 4)	159
4.	Bemerkungen zur Praxis	160
E	Vorlegung von beweglichen Sachen (ZPO 282 Ziff. 5)	161
1.	Allgemeines	161
2.	Abgrenzung von der prozessualen Editionsspflicht	161
III	Ausschluss des Befehlsverfahrens	162
A	Verschiedene Ausschlussgründe	162
B	Klagen auf Geldzahlung im speziellen	162
C	Bedeutung von Schiedsabreden	163

§ 35	Verfahren vor dem Amtsbefehlsrichter	164
I	Zuständigkeit	164
A	Zivilgerichtspräsident	164
B	Gemeindepräsident	164
II	Gesuch	164
III	Verfahren	165
A	Grundsätzliches	165
B	Verfügung auf einseitiges Vorbringen	166
C	Parteiverhandlung	167
IV	Zum Beweisrecht im besonderen	168
V	Inhalt der Amtsbefehle	170
VI	Zur Frage der Rechtskraft von Amtsbefehlen	171
A	Formelle Rechtskraft	171
B	Materielle Rechtskraft	171
§ 36	Anfechtung der Befehlsverfügungen	173
I	Kantonale Rechtsmittel	173
A	Ausschluss der Appellation	173
B	Nichtigkeitsbeschwerde	173
C	Revision	174
II	Weiterziehung an das Bundesgericht	174
A	Ausschluss der Berufung	174
B	Nichtigkeitsbeschwerde gemäss Art. 68 ff. OG	175
C	Staatsrechtliche Beschwerde	175
2. Kapitel		
	Richterliche Weisungen	176
§ 37	Einleitung	176
§ 38	Die einzelnen Anwendungsfälle	177
I	Anstände zwischen den Parteien	177
A	Die einzelnen Anstände	177
1.	Bezüglich Kläger- und Beklagtschaft	177
2.	Bezüglich Dritter	177
3.	Bezüglich der Pflicht zum Erscheinen vor Gericht	179
4.	Terminierung	180
a)	Anwendungsbereich	180
b)	Ausschluss der Klageprovokation	180
B	Praktische Bedeutung	181
II	Einstweilige Öffnung eines Verbotes oder Rechtbotes	182
A	Zweck und rechtliche Natur	182
B	Voraussetzungen	183
1.	Ein mit einem Verbot oder Rechtbot belegtes Recht	183
2.	Vorliegen dringender Umstände	183
3.	Zumutbarkeit für den Gegner	184
C	Zeitpunkt, Dauer und Wirkung der einstweiligen Öffnung	184
III	Erweiterung gesetzlicher oder richterlicher Fristen	185
A	Die erstreckbaren Fristen	185
1.	Fristen der Zivilprozessordnung	185
a)	Richterliche Fristen	185
b)	Gesetzliche Fristen	186
2.	Prozessuale Fristen der kantonalen Einführungsgesetze	186
3.	Klagefristen des Bundesrechtes	186

B	Voraussetzungen für die Fristerstreckung	187
1.	Nichtverschuldete Umstände	187
2.	Rechtzeitiges Gesuch	187
3.	Anspruch auf Erstreckung bei Vorliegen der Voraussetzungen	188
C	Beispiele aus der Praxis	188
IV	Sicherstellung gefährdeter Beweise	189
A	Zweck	189
B	Gegenstand der Sicherstellung	189
C	Voraussetzungen für die Beweissicherung	190
1.	Gefährdung des sicherzustellenden Beweises	190
2.	Angehobener oder zukünftiger Rechtsstreit	191
3.	Ausschluss weiterer Voraussetzungen	191
D	Beweissicherungsverfahren	192
1.	Zuständigkeit	192
2.	Gesuch	193
3.	Verfahren	193
4.	Kosten	194
E	Die Bedeutung des sichergestellten Beweises im Prozess	194
§ 39	Die Edition von Urkunden im besonderen	195
I	Zweck und rechtliche Natur der Editionsspflicht	195
II	Die Editionspflichtigen	196
A	Prozessgegner	196
B	Dritte	196
C	Staatliche Behörden im speziellen	196
1.	Verwaltungsbehörden	197
a)	Grundsatz	197
b)	Steuerbehörden im besonderen	198
2.	Gerichte	198
III	Materielle Voraussetzungen der Editionsspflicht	199
A	Bei Edition durch eine Prozesspartei	199
1.	Dem Gesuchsteller gehörende Urkunden	199
2.	Gemeinschaftliche Urkunden	199
3.	Editionsspflicht gemäss Art. 963 OR	200
a)	Allgemeines	200
b)	Verhältnis zur kantonalrechtlichen Edition	200
c)	Voraussetzungen	201
aa)	Hinsichtlich der editionspflichtigen Person	201
bb)	Streitigkeiten, die das Geschäft betreffen	201
cc)	Hinsichtlich der Vorlegungsobjekte	202
dd)	Schutzwürdiges Interesse	202
ee)	Beweisnotwendigkeit	203
d)	Sanktionen bei ungerechtfertigter Verweigerung der Edition	203
4.	Generalklausel von Art. 167 Ziff. 3 ZPO	203
B	Bei Edition durch Dritte	204
IV	Editionsverweigerungsgründe	204
A	Gefährdung in den persönlichen oder vermögensrechtlichen Verhältnissen	204
B	Analoge Anwendung des Zeugnisverweigerungsrechtes	206
V	Editionsverfahren	207
A	Form und Inhalt des Editionsbegehrens	207
B	Zeitpunkt	207
1.	Im erstinstanzlichen Verfahren	207
a)	Grundsatz	207
b)	Ausnahmen	208
2.	Im Rechtsmittelverfahren	209

C	Verfahren	209
1.	Bei Edition durch Prozessparteien oder Dritte	209
2.	Urkundenbeizug bei auswärtigen Behörden und Ämtern	210
D	Sanktionen bei ungerechtfertigter Weigerung	211
§ 40	Vorsorgliche Massnahmen im besonderen	212
I	Zweck	212
II	Rechtsquellen	212
A	Bundesrechtliche	212
B	Der Glarner Zivilprozessordnung	212
III	Verhältnis Bundesrecht - kantonales Recht auf dem Gebiete der vorsorglichen Massnahmen	213
A	Einstweilige Sicherung der Vollstreckung einer Geldforderung	213
B	Bei den übrigen nicht auf Geldleistung gerichteten Ansprüchen	213
1.	Hinsichtlich der Zulässigkeit	213
2.	Hinsichtlich des Verfahrens	214
C	Zusammenfassung	214
IV	Voraussetzungen für die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes	214
A	Glaubhaftmachen des materiellen Anspruches	215
B	Bedürfnis nach einstweiligem Rechtsschutz	216
V	Inhalt der vorsorglichen Massnahmen	216
VI	Besondere Verfahrensfragen	218
A	Zuständigkeit	218
1.	Vor Anhängigmachung eines Rechtsstreites	218
2.	Nach Anhängigmachung eines Rechtsstreites	219
B	Glaubhaftmachen der Voraussetzungen	220
C	Sicherheitsleistung	220
1.	Durch den Gesuchsteller	220
2.	Durch die Gegenpartei	221
D	Fristansetzung zur Anhängigmachung des Rechtsstreites	222
VII	Schadenersatzpflicht	222
VIII	Dauer und Abänderbarkeit der vorsorglichen Massnahme	224
IX	Rechtsmittel	224
§ 41	Weisungsverfahren	225
I	Form, Inhalt und Zeitpunkt des Begehrens	225
II	Verfahren	226
A	Zuständigkeit	226
B	Gang des Verfahrens	226
III	Superprovisorische Verfügung im besonderen	227
A	Begriff	227
B	Rechtsquellen	227
C	Vereinbarkeit mit dem rechtlichen Gehör	228
D	Voraussetzungen und Wirkungen	228
E	Anfechtung	229
IV	Abänderbarkeit der richterlichen Weisungen	229
§ 42	Rechtsmittel	229
I	Kantonale Rechtsbehelfe	229
II	Weiterzug ans Bundesgericht	230

XVIII

Anhang

§ 43 Bemerkungen de lege ferenda	231
I Zum Befehlsverfahren	231
II Zu den richterlichen Weisungen	231
Schlusswort	232

LITERATURVERZEICHNIS

- Akeret Gustav Akeret, Das Versäumnisverfahren im Zivilprozessrecht, Diss. Zürich 1934
- Ammann Gustav Ammann, Die Pflicht zur Edition von Urkunden und das Verfahren nach schweizerischem Zivilprozessrecht, Diss. Zürich 1931
- Aubert Jean-François Aubert, Traité de droit constitutionnel suisse, 2 Bde., Neuenburg 1967
- E.W. Baur Ernst W. Baur, Das summarische Verfahren nach zürcherischem Recht, Diss. Zürich 1927
- F. Baur Fritz Baur, Studien zum einstweiligen Rechtsschutz, Tübingen 1967
- Becker H. Becker, Entwurf zu einer neuen Zivilprozessordnung des Kantons Glarus, Ennenda 1960
- Bergerfurth Bruno Bergerfurth, Das Armenrecht, München 1971
- Berther Anton Berther, Prozessvoraussetzungen im bündnerischen Zivilprozessrecht, Diss. Freiburg 1958
- Birchmeier W. Birchmeier, Handbuch des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege, Zürich 1950
- Brandenberg Ernst Alois Brandenburg, Das summarische Verfahren in der zugerischen Zivilprozessordnung, Diss. Zürich 1966
- Briegleb Hans Karl Briegleb, Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse, Leipzig 1859
- Bühler Walter Bühler, Das Ehescheidungsverfahren, ZSR 74 (1955) II 301a ff.
- Bülow Oskar Bülow, Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen, Giessen 1868
- Caliezi Raymond Caliezi, Der Einspruch gegen das Versäumnisurteil im Zivilprozess, Diss. Zürich 1968
- Diener Hans-Martin Diener, Die versäumte Parteihandlung und ihre Nachholung nach St. Gallischem Zivilprozessrecht, Diss. Zürich 1976
- Eichenberger Kurt Eichenberger, Beiträge zum Aargauischen Zivilprozessrecht, Aarau 1949
- Etter Karl Etter, Der erstinstanzliche prozessuale Vorfragenentscheid im schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss. Zürich 1926
- Fritzsche Hans Fritzsche, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, 1. und 2. Halbband, 2. Aufl., Zürich 1967/68
- Fritzsche, Rechtsbot Hans Fritzsche, Das Rechtsbot, Diss. Zürich 1905
- Fritzsche, Zivilprozessordnung Hans Fritzsche, Die erste neuzeitliche Zivilprozessordnung des Kantons Glarus vom 9. Juli 1837, im Jahrbuch des Historischen Vereins des Kantons Glarus, 55. Heft (1952), 149 ff.
- Gschwend Willy Gschwend, Das Befehlsverfahren in der St. Gallischen Zivilprozessordnung von 1939, Diss. Bern 1943
- Guggenheim Charles Guggenheim, Die unentgeltliche Verbeiständung in den kantonalen Zivilprozessrechten, Diss. Zürich 1944
- Guldener Max Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Zürich 1958, mit Supplement II, Zürich 1964
- Guldener, Bundesprivatrecht Max Guldener, Bundesprivatrecht und kantonales Zivilprozessrecht, ZSR 80 (1961) II 1 ff.
- Guldener, Internationales Zivilprozessrecht Max Guldener, Das internationale und interkantonale Zivilprozessrecht der Schweiz, Zürich 1951; Supplement, Zürich 1959
- Guldener, Nichtigkeitsbeschwerde Max Guldener, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen nach Zürcherischem Recht, Zürich 1942

- Haberthür B. Haberthür, Praxis zur Basler Zivilprozessordnung mit Erläuterungen, 2 Bde., Basel 1964
- Habscheid Walther J. Habscheid, Droit judiciaire privé suisse, Genf 1975
- Hämmerli Jörg Hämmerli, Die Abänderung und die Anfechtung von prozessleitenden Erlassen, Diss. Zürich 1955
- Hasenböhler, Säumnis Franz Hasenböhler, Säumnis und Säumnisfolgen im basellandschaftlichen Zivilprozess, BJM 1973, 1 ff.
- Hasenböhler, Verfügung Franz Hasenböhler, Die provisorische Verfügung nach basellandschaftlichem Zivilprozessrecht, BJM 1976, 1 ff.
- Hauri Victor Hauri, Das Glarnerische Rechtbot, Diss. Zürich 1944 (Masch Schr.)
- Hauser/Hauser Willy Hauser/Robert Hauser, Kommentar zum Gerichtsverfassungsgesetz des Kantons Zürich, 3. Aufl., Zürich 1978
- Heggli Felix Heggli, Das summarische Verfahren nach luzernischem Zivilprozessrecht, Diss. Zürich 1957
- Heuberger Heinrich Heuberger, Das Armenrecht der Aargauischen Zivilprozessordnung, Diss. Bern 1947
- His Eduard His, Berner Kommentar, Band VII, 4. Abt.: Handelsregister, Geschäftsfirmen und kaufmännische Buchführung, Bern 1940
- Hürlimann Hans Hürlimann, Der Urkundenbeweis im Zivilprozess mit besonderer Berücksichtigung der ZPO für den Kanton Zug, Diss. Freiburg 1944
- Hüssy Hanswerner Hüssy, Das summarische Verfahren nach aargauischem Zivilprozessrecht, Diss. Bern 1956
- Huth Max Werner Huth, Die vorsorglichen Verfügungen nach baselstädtischem Zivilprozessrecht, Diss. Basel 1974 (MaschSchr.)
- Jacot Marc André Jacot, Die Kosten der Rechtsverfolgung als Schranke für den Rechtsuchenden, Diss. Zürich 1978
- Jenny Alexander Jenny, Die unentgeltliche Rechtspflege im Zivilprozess nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1947 (MaschSchr.)
- Kälin Franz Kälin, Prozessvoraussetzungen und Prozesshindernisse im schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss. Freiburg 1949
- Kamber Rio Kamber, Das Zustellungswesen im schweizerischen Zivilprozess, Diss. Zürich 1957
- Kaufmann Paul Kaufmann, Die Edition von Urkunden speziell nach dem Gesetz über die Zivilrechtspflege für den Kt. St. Gallen, Diss. Freiburg 1951
- Kehl, Aktenedition Robert Kehl-Zeller, Die gegenseitige Akten-Editionsspflicht der Verwaltungsbehörden und der Zivilgerichte im schweizerischen Recht, Zürich 1955
- Kehl, Unentgeltliche Prozessführung Robert Kehl, Die zürcherische Praxis betreffend unentgeltliche Prozessführung und unentgeltliche Verbeiständung (ohne Ort, ohne Jahreszahl)
- Keller Theodor Keller, Die Edition von Urkunden im zürcherischen Zivilprozess, Diss. Zürich 1963
- Kummer Max Kummer, Grundriss des Zivilprozessrechtes nach den Prozessordnungen des Kantons Bern und des Bundes, 3. Aufl., Bern 1978
- Leuch Georg Leuch, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 3. Aufl., Bern 1956
- Lutz Oskar Lutz, Das Zivilrechtspflegegesetz für den Kanton St. Gallen, Kommentar, 2. Aufl., St. Gallen 1967
- Marti Hans Marti, Die staatsrechtliche Beschwerde, 3. Aufl., Basel/Stuttgart 1977
- Meier Rolf Meier, Das summarische Verfahren nach schaffhauserischem Recht, Diss. Zürich 1948
- Meng Franz Joseph Meng, Die vorsorgliche Verfügung nach aargauischer Zivilprozess- und Handelsgerichtsordnung, Diss. Basel 1971 (Masch Schr.)

- Meyer Kurt Meyer, Das zivilprozessuale Armenrecht im Kanton Zug, Diss. Freiburg 1953
- Munz Hans Munz, Das Befehlsverfahren und die Bauinhibition nach der thurgauischen Zivilprozessordnung, Diss. Zürich 1947
- Rascher Otto Rascher, Das Contumazialverfahren in der schweizerischen Zivilprozess-Gesetzgebung, Diss. Zürich 1899
- Rehbinder Manfred Rehbinder, Die Kosten der Rechtsverfolgung als Zugangsbarriere der Rechtspflege. Missstände und Reformbestrebungen in der Bundesrepublik Deutschland, im Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 4, Westdeutscher Verlag 1976, 395 ff.
- Rehli Rudolf Rehli, Das Befehlsverfahren nach bündnerischem Recht, insbesondere sein Anwendungsbereich, Diss. Zürich 1977
- Reinert Walter Reinert, Das summarische Verfahren nach solothurnischem Recht, Diss. Bern 1951
- Ritter Peter Ulrich Ritter, Die Wiederherstellung versäumter Fristen und Tagfahrten nach schweizerischem Zivilprozessrecht, Diss. Zürich 1962
- Rosenberg/Schwab Leo Rosenberg/Karl Heinz Schwab, Zivilprozessrecht, 12. Aufl., München 1977
- Schluep Peter Schluep, Der Urkundenbeweis im aargauischen Zivilprozess, Diss. Zürich 1971
- Schurter/Fritzsche Emil Schurter/Hans Fritzsche, Das Zivilprozessrecht der Schweiz, 3 Bde., Zürich 1924/1931/1933
- Sieben Alexander Sieben, Über summarisches Zivilprozessverfahren im geltenden schweizerischen Recht, München 1950
- Sormani Hans Sormani, Die einstweilige Verfügung in der Zivilprozessordnung des Kantons Luzern, Diss. Bern 1947
- Spillmann Margrit Spillmann, Das Beweisrecht in der zugerischen Zivilprozessordnung vom 3. Oktober 1940 und de lege ferenda, Diss. Zürich 1973
- Staub F. Staub, Revision der Zivilprozessordnung, Glarus 1927
- Stein/Jonas/Pohle F. Stein/M. Jonas/R. Pohle, Kommentar zur Zivilprozessordnung (fortgeführt von Grunsky, Leipold, Münzberg, Schlosser, Schumann), 19./20. Aufl., Tübingen 1972/1978
- Sträuli/Hauser Hans Sträuli/Willy Hauser, Kommentar zum Gesetz betr. den Zivilprozess vom 13. April 1913, 2. Aufl., Zürich 1939
- Sträuli/Messmer Hans Sträuli/Georg Messmer, Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, Schiedsgerichte und Schiedsgutachten von Felix Wiget, Zürich 1976
- Voyame Joseph Voyame, Droit privé fédéral et procédure civile cantonale, ZSR 80 (1961) II 67 ff.
- Walder Hans Ulrich Walder-Bohner, Der neue Zürcher Zivilprozess, Zürich 1977
- Walder, Augenscheingericht Hans Ulrich Walder, Die Stellung des Augenscheingerichtes im glarnerischen Zivilprozessrecht, Diss. Zürich 1954
- Walder, Offizialmaxime Hans Ulrich Walder, Die Offizialmaxime, Zürcher Schriften zum Verfahrensrecht, Heft 1, Zürich 1973
- Walder, Prozesserledigung Hans Ulrich Walder, Prozesserledigung ohne Anspruchsprüfung, Zürich 1966
- Wiget Felix Wiget, Die Kontumaz des Scheidungsbeklagten, insbesondere nach zürch. Zivilprozessrecht, in: Der Schutz der Familie, Festgabe für August Egger, Zürich 1945, 323 ff.
- Ziegler Walter Ziegler, Die vorsorgliche Massnahme in der Zivilprozessgesetzgebung der schweizerischen Kantone, Diss. Zürich 1944

Anmerkung: Weitere Literaturangaben, insbesondere zu speziellen Problemen, werden im Text zitiert.

VERZEICHNIS DER RECHTSQUELLEN

I Kanton Glarus

Verfassung des Kantons Glarus vom 22. Mai 1887 (zit. KV), GS I A/1/1

Gesetz über die Gerichtsorganisation des Kantons Glarus vom 2. Mai 1965 (zit. GO), GS III A/2

Zivilprozessordnung des Kantons Glarus vom 2. Mai 1965 (zit. ZPO), GS III C/1

Instruktion für die Vermittlerämter vom 20. Dezember 1965 (zit. Vermittleramter-Instruktion), GS III C/2

Gebühren und Entschädigungen im Zivilprozess vom 20. Dezember 1965 (zit. Gebührentarif), GS III C/3

Gesetz über die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches im Kanton Glarus vom 7. Mai 1911 (zit. EG ZGB), GS III B/1/1

Gesetz über die Einführung des Schweizerischen Obligationenrechtes (Zivilgesetzbuch V. Teil) im Kanton Glarus vom 6. Mai 1923 (zit. EG OR), GS III B/2/1

Kantonales Einführungsgesetz vom 6. Mai 1906 zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (zit. EG SchKG), GS III D/1

Strafprozessordnung des Kantons Glarus vom 2. Mai 1965 (zit. StPO), GS III F/1

Ausser Kraft stehende Zivilprozessordnungen:

Zivilprozessordnung vom 4. Mai 1930 (zit. ZPO von 1930)

Zivilprozessordnung vom 5. Mai 1895 (zit. ZPO von 1895)

Zivilprozessordnung vom Mai 1860 (zit. ZPO von 1860)

Zivilprozessordnung vom 9. Juli 1837 (zit. ZPO von 1837)

II Bund

Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943 (zit. OG), SR 173.110

Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947 (zit. BZP), SR 273

III Andere Kantone

Aargau Zivilprozessordnung vom 12. März 1900

Appenzell A.Rh. Gesetz über die Zivilprozessordnung für den Kanton Appenzell A.Rh. vom 24. April 1955

Appenzell I.Rh. Gesetz über die Zivilprozessordnung für den Kanton Appenzell I.Rh. vom 24. April 1949

Basel-Land Zivilprozessordnung (ZPO) vom 20. Februar 1905/21. September 1961

Basel-Stadt Zivilprozessordnung vom 8. Februar 1875

Bern Gesetz betreffend die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern vom 7. Juli 1918

Graubünden Zivilprozessordnung des Kantons Graubünden vom 20. Juni 1954

Luzern Gesetz über die Gerichtsorganisation (GO) und die Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28. Januar 1913

Obwalden Verordnung über den Zivilprozess (Zivilprozessordnung) vom 9. März 1973

Schaffhausen Zivilprozessordnung für den Kanton Schaffhausen vom 3. September 1951

Schwyz Zivilprozessordnung vom 25. Oktober 1974

Solothurn Gerichtsordnung vom 10. Mai 1974

Solothurn Zivilprozessordnung vom 11. September 1966

St. Gallen	Gesetz über die Zivilrechtspflege vom 20. März 1939
Thurgau	Zivilprozessordnung für den Kanton Thurgau vom 19. Oktober 1926
Uri	Zivilprozessordnung vom 29. März 1928, revidiert am 28. Juni 1963
Zürich	Gesetz über den Zivilprozess (Zivilprozessordnung) vom 13. Juni 1976
	Gerichtsverfassungsgesetz vom 13. Juni 1976
Zug	Zivilprozessordnung für den Kanton Zug vom 3. Oktober 1940

VERZEICHNIS DER MATERIALIEN

I Zivilprozessordnung vom 2. Mai 1965

Landsgemeindememorale 1979, 1965

Landratsprotokoll vom 15. März 1965, S. 266–269

H. Becker, Entwurf zu einer neuen Zivilprozessordnung des Kantons Glarus, mit Erläuterungen, Ennenda 1960

II Frühere Zivilprozessordnungen

Landsgemeindememorale 1930, 1895, 1860

Landratsprotokoll vom 18. September, 17. Oktober und 27. November 1929

F. Staub, Revision der Zivilprozessordnung, mit Erläuterungen, Glarus 1927

Bericht der Landrätlichen Kommission vom 30. Juli 1929 an den h. Landrat des Kts. Glarus zum Entwurfe einer neuen Zivilprozessordnung

Bericht des Regierungsrates vom 9. November 1928 zum Entwurfe einer neuen Zivilprozessordnung

Bericht der landrätlichen Spezial-Kommission vom 27. August 1894 für die Begutachtung des Entwurfes des Regierungsrates betreffend eine Civilprozessordnung für den Kt. Glarus

Bericht des Regierungsrates vom 10. Januar 1894 an den h. Landrat des Kantons Glarus über die Revision der Civilprozessordnung sowie den Sportelntarif zu derselben

GLARNER ENTSCHEIDE

Entscheide des Obergerichtes und der Obergerichtskommission (zit. OGE)
Verfügungen des Obergerichtspräsidenten (OGP)
Entscheide des Zivilgerichtes und der Zivilgerichtskommission (ZGE)
Entscheide des Augenscheingerichtes (AGE)
Entscheide des Zivilgerichtspräsidenten in Forderungsstreitigkeiten (EF)
Präsidialverfügungen des Zivilgerichtspräsidenten (PV)
Verfügungen des Augenscheingerichtspräsidenten (AGP)

ABKÜRZUNGEN

a	alt = frühere Fassung des betreffenden Gesetzes
a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angeführten Ort
Abs.	Absatz
Abt.	Abteilung
AG	Aktiengesellschaft
AGE	Entscheid des Augenscheingerichtes
AGP	Entscheid des Augenscheingerichtspräsidenten
AHVG	Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 20. Dezember 1946
a.M.	anderer Meinung
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BBl.	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
Bd.	Band
BG	Bundesgesetz
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
Bsp.	Beispiel
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874
BZP	Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947
bzw.	beziehungsweise
c.	contra
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
EF	Entscheid des Zivilgerichtspräsidenten in Forderungsstreitigkeiten
EG OR	Gesetz über die Einführung des Schweizerischen Obligationenrechtes (Zivilgesetzbuch V. Teil) im Kanton Glarus vom 6. Mai 1923
EG SchKG	Kantonales Einführungsgesetz vom 6. Mai 1906 zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs
EG ZGB	Gesetz über die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches im Kanton Glarus vom 7. Mai 1911
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention vom 4. November 1950
Erw.	Erwägung
etc.	et cetera
f., ff.	und folgende (r)
Fr.	Franken
GO	Gesetz über die Gerichtsorganisation des Kantons Glarus vom 2. Mai 1965
GS	Gesetzessammlung des Kantons Glarus
h.	hohen
insbes.	insbesondere
i.S.	in Sachen; im Sinne
KG	Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen vom 20. Dezember 1962
Kt.	Kanton
KUVG	Bundesgesetz über die Kranken- und Unfallversicherung vom 13. Juni 1911
KV	Verfassung des Kantons Glarus vom 22. Mai 1887
lit.	litera
MaschSchr.	Maschinenschrift
m.a.W.	mit anderen Worten

Max.	Maximen (Entscheidungen des Obergerichtes des Kantons Luzern und der Anwaltskammer)
m.E.	meines Erachtens
MMG	Bundesgesetz betreffend die gewerblichen Muster und Modelle vom 30. März 1900
MSchG	Bundesgesetz betreffend den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken, der Herkunftsbezeichnungen von Waren und der gewerblichen Auszeichnungen vom 26. September 1890
MVG	Bundesgesetz über die Militärversicherung vom 20. September 1949
N.	Note
Nr.	Nummer
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943
OGE	Entscheid des Obergerichtes
OGP	Entscheid des Obergerichtspräsidenten
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911
PatG	Bundesgesetz betreffend die Erfindungspatente vom 25. Juni 1954
Pra.	Praxis des Bundesgerichts
PV	Präsidialverfügung des Zivilgerichtspräsidenten
S.	Seite
SAG	Schweizerische Aktiengesellschaft
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
SOG	Solothurnische Gerichtspraxis
sog.	sogenannt
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937
StPO	Strafprozessordnung des Kantons Glarus vom 2. Mai 1965
u.	und
u.a.	unter anderem
URG	Bundesgesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst vom 7. Dezember 1922
u.U.	unter Umständen
UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb vom 30. September 1943
Verb.	Verbindung
vgl.	vergleiche
VwG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZBl.	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
ZGE	Entscheid des Zivilgerichts
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozessordnung
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZStR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
z.T.	zum Teil

1. TEIL

Einleitung

Überblick über den Glarner Zivilprozess

§ 1 Die Entstehung der Zivilprozessordnung vom 2. Mai 1965^{1, 2}

Ausgangspunkt für die Revision der Zivilprozessordnung vom 4. Mai 1930 war ein Memorialsantrag der Demokratischen und Arbeiterpartei an die Landsgemeinde von 1949, welche den Regierungsrat beauftragte, auf eine der nächsten Landsgemeinden einen Entwurf vorzulegen. Anlass zum Memorialsantrag gab vor allem § 195 der bisherigen Zivilprozessordnung, welcher die Zeugen verpflichtete, den Parteivorträgen beizuwohnen.

Nachdem der Regierungsrat ein Vernehmlassungsverfahren durchgeführt hatte, betraute er den damaligen Zivilgerichtspräsidenten Dr. Hans Becker mit der Ausarbeitung eines Entwurfes. Am 15. Juli 1960 legte Dr. Becker den Entwurf vor, nachdem er in den Jahren 1959 und 1960 zusammen mit dem Zivilgericht die beiden Eingaben des Zivilgerichtes³ und Anwaltsverbandes⁴ besprochen hatte. Zum Ergebnis seiner Arbeit schrieb der Verfasser⁵: "Von den Grundsätzen des bisherigen Prozesses abzugehen, besteht auch diesmal kein Anlass. Er ist in seinen Grundlagen unserer Gerichtsbarkeit angepasst. Deshalb ist auch anlässlich der Revisionen von 1837, 1860, 1895 und 1931⁶ an den bewährten Fundamenten nicht gerüttelt worden. Die jeweils getroffenen Reformen haben nur das Ziel verfolgt, die Prozessordnung zu vereinfachen, den Prozessgang weniger formell zu gestalten, sie neuen Wünschen und Bedürfnissen anzupassen. Aber die Grundlagen der altüberlieferten Ordnung: Öffentlichkeit, Mündlichkeit, Verhandlungsmaxime, sollen grundsätzlich beibehalten werden; eine Abkehr, z.B. die Einführung des schriftlichen Verfahrens in allen Prozessen, wäre nicht opportun. Auch die Systematik der ZPO, die sich eingelebt hat, soll keine Änderungen erfahren."

Der Entwurf von Dr. Becker wurde dem Obergericht und Augenscheingericht zur Stellungnahme unterbreitet. Nach Berücksichtigung einzelner Abänderungsvorschläge dieser beiden Gerichte entstand ein definitiver Vorentwurf, welcher in der Folge durch eine landrätliche Kommission geprüft wurde. Die bereinigte Fassung dieser Kommission behandelte der Landrat an seiner Sitzung vom 15. März 1965⁷. Am 2. Mai 1965 schliesslich stimmte die Landsgemeinde der ihr unterbreiteten Vorlage stillschweigend zu⁸.

1 Die folgenden Ausführungen stützen sich auf Becker I ff. und das Landsgemeindememorial 1965, 49 ff. ab.

2 Zur Geschichte der früheren Zivilprozessordnungen vgl. Schurter/Fritzsche II/1 184 ff. (ZPO von 1837), 520 ff. (ZPO von 1860) und II/2 366 ff. (ZPO von 1895), 759 ff. (1930) und Fritzsche, Zivilprozessordnung.

3 Vom 31.12.1950.

4 Vom 27.5.1955.

5 Becker I f.

6 Richtig: 1930.

7 Dazu Landratsprotokoll vom 15.3.1965, 266–269.

8 Vgl. Landsgemeindeprotokoll 1965, 10 f.

Folgende wichtige Änderungen dieser Revision seien kurz erwähnt^{9, 10}:

Neu ist die Ansetzung einer Nachfrist, wenn eine Partei den Kostenvorschuss nicht rechtzeitig leistet (ZPO 27 Abs. 2).

Erstmals vorgesehen ist eine richterliche Audienz, nachdem ein ähnlicher Versuch anlässlich der Revision vom 4. Mai 1930 noch scheiterte¹¹. Diese richterliche Audienz gibt dem Gericht die Möglichkeit, mit den Parteien noch einzelne Sachfragen näher abzuklären oder eine gütliche Einigung zwischen den Litiganten anzustreben. In der Regel findet sie nach Anhören der Parteivorträge statt (ZPO 152).

Das Obergericht erhält ausdrücklich das Aufsichtsrecht über die Anwälte mit der Möglichkeit, Disziplinar massnahmen zu verhängen (ZPO 48).

Möglich ist seit der Revision auch ein zweiter Schriftenwechsel vor der mündlichen Verhandlung oder eine schriftliche Duplik, wobei der Gesetzgeber aber ausdrücklich betont hat, das schriftliche Verfahren dürfe weiterhin nur ausnahmsweise stattfinden¹² (ZPO 159).

Erstmals finden sich in der Zivilprozessordnung Vorschriften über das Vorgehen bei der Anwendung ausländischen Rechts (ZPO 235 Abs. 2).

Eingehender als bisher sind Interventionen und Streitverkündung geregelt, wobei die Zivilprozessgesetze von St. Gallen, Thurgau und Zürich als Vorbild gedient haben (ZPO 38–46)¹³.

Der bisherigen Praxis sind die Bestimmungen über die Urkundeneinlage und Zeugeneingaben angepasst worden (ZPO 88, 89).

Die Versäumnisfolgen für den Beklagten erfahren eine weniger rigorose Ausgestaltung (ZPO 64 Abs. 3 Ziff. 4, 128 Abs. 1 Ziff. 2).

Im Beweisrecht erfolgte u.a. der Ausbau der Editionsspflicht und die gesetzliche Verankerung der Pflicht von Parteien und Zeugen im Vaterschaftsprozess, sich den allgemein anerkannten Untersuchungsmethoden zu unterziehen.

Das Rechtbot ist wieder vom Befehlsverfahren losgetrennt und – abgesehen von einigen Änderungen – in altüberlieferter Weise geregelt, weil die Integrierung des Rechtbotes im Befehlsverfahren zu wenig durchdacht und nicht erfassbar war, was dazu führte, dass die Praxis weiterhin die Vorschriften der ZPO von 1895 anwandte¹⁴.

Erneut stand das Augenscheingericht im Mittelpunkt der Diskussionen. Kommission und Landrat entschieden sich schliesslich für die Beibehaltung des Augenscheingerichtes und gegen die Variante, welche dieses Gericht abschaffen und das Zivilgericht gleichzeitig in zwei Kammern mit je vier Mitgliedern und demselben Präsidenten unterteilen wollte¹⁵.

9 Dazu Becker II ff., 1 ff. und Landsgemeindememorial 1965, 50 ff.

10 In Klammern ist jeweils der neue Artikel angeführt.

11 Vgl. dazu den Bericht der Landrätlichen Kommission an den h. Landrat des Kts. Glarus zum Entwurfe einer neuen Zivilprozessordnung vom 30.7.1929, 9 f.

12 Landsgemeindememorial 1965, 50, 56.

13 Becker 21.

14 Dazu auch Hauri 16 ff.

15 Eine eingehende Begründung ist im Landsgemeindememorial 1965, 53 enthalten. Schon anlässlich der Verfassungsrevisionen von 1875 und 1887 sowie der Ausarbeitung der Zivil-

Erwähnenswert ist auch der Vorschlag von Dr. Becker¹⁶, welcher dem Rechtbotgeber die Klagerrolle überbinden wollte, weil die bisherige Parteistellung unnatürlich und unbillig sei. Die neue Lösung fand aber keinen Anklang, mit der Begründung, sie stehe im Widerspruch zur Natur des Rechtbotes und es ehrlicher wäre, auf das Rechtbot überhaupt zu verzichten.

Seit der Totalrevision vom 2. Mai 1965 hat die Zivilprozessordnung bereits wieder einige Abänderungen erfahren. Die wichtigsten erfolgten an der Landsgemeinde 1979¹⁷. Die Zahl der Zivilrichter wurde unter gleichzeitiger Unterteilung des Zivilgerichtes in zwei Kammern von bisher 7 auf 9 erhöht, wobei der Zivilgerichtspräsident in beiden Kammern als Vorsitzender amtet, so dass das Zivilgericht jetzt in der Besetzung von fünf Zivilrichtern tagt. Die beiden andern Änderungen¹⁸ betrafen die Säumnisfolgen bei unbenütztem Ablauf der Frist zur Einreichung des Leitscheines bzw. zur Leistung des Kostenvorschusses. Im Gegensatz zur früheren Regelung ist die Fristversäumnis nicht mehr mit Rechtsnachteilen verbunden, denn in beiden Fällen gilt die Klage nunmehr lediglich als einstweilen zurückgezogen.

§ 2 Grundzüge der Glarner Zivilgerichtsorganisation

I Allgemeines

Nach Art. 64 Abs. 3 BV liegt die Organisation des Gerichtswesens bei den Kantonen. Diese können – von wenigen Ausnahmen abgesehen¹ – ihr Gerichtswesen nach eigenem Gutdünken gestalten. Neben anderen Faktoren prägen im Kt. Glarus vor allem die kleinen, überschaubaren Verhältnisse und die geringe Bevölkerungszahl die Gerichtsorganisation. So bildet der ganze Kt. Glarus einen einzigen Gerichtskreis. Einziger vollamtlicher Richter ist der Zivilgerichtspräsident. Alle übrigen Gerichtsvorsitzenden und Richter üben ihre Funktion nebenamtlich aus. Von den

prozessordnungen von 1895 und 1930 hatte man über die Abschaffung des Augenscheingerichtes diskutiert (vgl. Walder, Augenscheingericht 101 ff.). Diese Diskussionen werden in absehbarer Zeit erneut entflammen, sieht doch der Entwurf der neuen Kantonsverfassung in Art. 100 die Schaffung zweier Zivilgerichtskammern mit je einem Präsidenten und vier Mitgliedern vor. Das Augenscheingericht soll als gleichgestelltes zweites Zivilgericht aufgezogen werden (Entwurf Kantonsverfassung VIII). Damit würde das Augenscheingericht den Charakter eines Sondergerichtes verlieren.

¹⁶ Becker IV, 91 ff.

¹⁷ Dazu das Landsgemeindememorial 1979, 67 ff.

¹⁸ Diese gehen auf BGE 104 Ia 105 ff. zurück, der die in aZPO 27 Abs. 2 bei Nichtleistung des Kostenvorschusses vorgesehene Säumnisfolge (fiktiver Klagerückzug mit materieller Rechtskraftwirkung) als mit dem Bundesrecht unvereinbar betrachtete.

¹ Vgl. PatG 76, URG 45, MSchG 29, MMG 33, KG 7, UWG 5.

gegenwärtigen Präsidenten² der einzelnen Gerichte sind alle juristisch vorgebildet. Bei den übrigen Richtern handelt es sich grösstenteils um Laienrichter.

Im Kt. Glarus sind die Zivil- und Straferichte getrennt. Ausnahmen bilden der Augenscheingerichtspräsident³, welcher auch als Einzelrichter für Strafsachen⁴ amtiert, und das Obergericht⁵, welches sowohl in Zivil- wie auch in Strafsachen als Rechtsmittelinstanz tätig ist. Wahlorgan sämtlicher Gerichtspräsidenten und Richter ist die Landsgemeinde⁶. Die Amtsdauer beträgt 4 Jahre⁷.

Bei Ausstand oder Verhinderung eines Richters gelten ganz bestimmte Regeln⁸. An dieser Stelle sei nur auf eine spezielle Regelung hingewiesen. Sofern der Gerichtsvorsitzende oder ein Richter nicht rechtzeitig zur Verhandlung erscheint, hat sich das Gericht durch Beizug des Gerichtsschreibers zu ergänzen, welcher in diesem Falle alle Rechte und Pflichten eines Richters besitzt⁹.

II Die einzelnen Organe der Zivilrechtspflege

A Vermittler

Seit der ersten Zivilprozessordnung von 1837¹⁰ kennt der Glarner Zivilprozess die Institution der Vermittlung, deren Zweck darin besteht, durch gütliche Einigung der Parteien den Rechtsstreit aussergerichtlich zu erledigen¹¹. Diese Aufgabe nehmen die 20 von den Wahlgemeinden zu ernennenden Vermittler wahr¹². Im Gegensatz zu anderen Kantonen¹³ besitzt der Vermittler im Glarner Zivilprozess selbst bei den niedrigsten Streitwerten keinerlei Urteilskompetenz¹⁴. Vor Vermittlung sind grund-

2 Bei den nebenamtlichen Gerichtspräsidenten handelt es sich gegenwärtig ausschliesslich um praktizierende Anwälte.

3 GO 17.

4 Als Straferichte erster Instanz gibt es neben dem Einzelrichter für Strafsachen noch das Polizei-, das Kriminal- und das Jugendgericht, vgl. KV 58.

5 KV 59.

6 KV 35 Abs. 1 Ziff. 8. Mit Ausnahme des Jugendgerichts, vgl. KV 58 Abs. 3, GO 24 Abs. 1 (Wahlorgan: Regierungsrat).

7 KV 25.

8 Vgl. im einzelnen GO 27.

9 GO 27 Abs. 6. Zum Vorteil dieser Regelung, Walder, Augenscheingericht 149 f. Vgl. auch den unveröffentlichten BGE vom 15.12.1975 i.S. Noser c. Polizei- und Obergericht des Kantons Glarus.

10 Näheres dazu bei Fritzsche, Zivilprozessordnung 166 f.

11 ZPO 78.

12 KV 66 Abs. 2, 67, ZPO 2.

13 Vgl. etwa St. Gallen ZPO 47, Zürich Gerichtsverfassungsgesetz 6 Abs. 1.

14 Vgl. ZPO 78.

sätzlich alle privatrechtlichen Streitigkeiten und Strafklagen wegen Ehrverletzung, die sich gegen eine bekannte Täterschaft richten, zu bringen^{15, 16}.

B Zivilgerichtspräsident

Neben seiner Funktion als Vorsitzender des Zivilgerichtes und der Zivilgerichtskommission amtiert der Zivilgerichtspräsident auch als Einzelrichter für Zivilsachen. Dabei stehen ihm als wichtigste Befugnisse zu:

- Entscheid über alle vermögensrechtlichen Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von Fr. 1000.-¹⁷;
- Entscheid über Streitigkeiten zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern aus dem Arbeitsverhältnis bis zu einem Streitwert von Fr. 5000.-¹⁸;
- Entscheidung von Streitigkeiten aus dem Gebiet der Arbeitslosenversicherung¹⁹;
- Erlass von Amtsbefehlen und Rechtboten²⁰;
- Erlass von verschiedenen Verfügungen nach EG ZGB²¹, EG OR²² und EG SchKG²³;
- untere Aufsichtsbehörde über die Betreibungsämter und das Konkursamt²⁴;
- Aufsichtsinstanz über die Vermittlerämter²⁵.

C Zivilgericht

Das Zivilgericht, bestehend aus dem Zivilgerichtspräsidenten und 8 weiteren Zivilrichtern, ist in zwei Kammern mit je 4 Zivilrichtern und dem Zivilgerichtspräsidenten als Vorsitzendem unterteilt²⁶. Es entscheidet über alle privatrechtlichen Streitigkeiten und trifft alle privatrechtlichen Entscheidungen, sofern Verfassung oder

15 KV 55 Abs. 1, ZPO 1 Abs. 1. Zu den Ausnahmen vgl. ZPO 1 Abs. 2 sowie EG OR 28 Abs. 1 (arbeitsrechtliche Streitigkeiten).

16 In den Jahren 1974–1976 wurden 16,2 % der Zivilstreitigkeiten und 52,3 % der Ehrverletzungsklagen vermittelt. In den Jahren 1971–1973 hatte die Vermittlungsquote noch 20,4 % bzw. 56,66 % betragen, vgl. Amtsbericht 1977/1978 des Regierungsrates und des Obergerichtes an den Landrat des Kantons Glarus, 253.

17 ZPO 13 Abs. 1 Ziff. 4, unter Vorbehalt von ZPO 14 Abs. 2.

18 EG OR 26.

19 ZPO 13 Abs. 1 Ziff. 2.

20 ZPO 13 Abs. 4.

21 Vgl. EG ZGB 1, 6.

22 Vgl. EG OR 1.

23 Vgl. EG SchKG 16, 18, 21.

24 EG SchKG 11 Abs. 1.

25 GO 6 Abs. 2.

26 KV 56 Abs. 3 in Verb. mit GO 7.

Gesetz nicht ein anderes Gericht als zuständig erklären²⁷. Im einzelnen entscheidet das Zivilgericht vor allem in folgenden Angelegenheiten:

- in vermögensrechtlichen Streitigkeiten, sofern der Streitwert Fr. 3000.- übersteigt²⁸;
- in Streitigkeiten zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern aus dem Arbeitsverhältnis, sofern der Streitwert mehr als Fr. 5000.- beträgt²⁹;
- über familienrechtliche Klagen³⁰;
- als Unfallversicherungsgericht, sofern der Streitwert mehr als Fr. 500.- beträgt³¹;
- über Klagen, welche im beschleunigten Verfahren zu behandeln sind³²;
- obere Aufsichtsbehörde über die Betreibungsämter und das Konkursamt³³;
- Nachlassbehörde³⁴.

Der Zivilgerichtspräsident und zwei weitere vom Zivilgericht aus seiner Mitte zu bezeichnende Zivilrichter bilden die Zivilgerichtskommission, welche in vermögensrechtlichen Streitigkeiten entscheidet, sofern der Streitwert Fr. 1000.-, nicht aber Fr. 3000.- übersteigt und nicht ein anderes Gericht zuständig ist³⁵.

D Augenscheingericht³⁶

Das Augenscheingericht ist der Glarner Gerichtsorganisation seit Jahrhunderten bekannt³⁷. Es stellt ein Sondergericht dar und setzt sich aus dem Augenscheingerichtspräsidenten und vier weiteren Augenscheinrichtern zusammen³⁸. Das Besondere an ihm liegt darin, dass die Verhandlungen an Ort und Stelle, wo sich das Streitobjekt befindet, durchgeführt werden³⁹.

27 ZPO 11 Abs. 1.

28 Vgl. ZPO 12.

29 Vgl. EG OR 26 in Verb. mit ZPO 11 Abs. 1.

30 EG ZGB 7 Abs. 1 Ziff. 8 ff.

31 GO 10 Abs. 2.

32 Vgl. EG SchKG 22 Abs. 2.

33 EG SchKG 12 Abs. 1.

34 EG SchKG 19.

35 KV 56 Abs. 1, ZPO 12.

36 Dazu ausführlich Hans Ulrich Walder, Die Stellung des Augenscheingerichtes im glarnerischen Zivilprozessrecht, Diss. Zürich 1954.

37 Näheres zur Geschichte des Augenscheingerichtes bei Walder, Augenscheingericht 3 ff.

38 KV 57.

39 Dazu ZPO 278–281, Walder, Augenscheingericht 163 f.

Zuständig ist das Augenscheingericht in folgenden Angelegenheiten⁴⁰:

- in sachenrechtlichen Streitigkeiten, soweit diese Grundstücke oder beschränkte dingliche Rechte an solchen betreffen; beim Grundpfand mit Einschluss des betreffenden Forderungsverhältnisses;
- in Streitigkeiten bezüglich des kantonalen Baugesetzes, soweit dasselbe nicht die Verwaltungsbehörden für zuständig erklärt;
- in Pachtstreitigkeiten mit Ausnahme der Ausweisung von Pächtern gemäss Art. 21 ff. EG OR;
- in Streitigkeiten gemäss dem Bundesgesetz über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes, soweit dieselben in die Kompetenz des Richters fallen.

Werden im Zusammenhang mit den soeben erwähnten Streitigkeiten Forderungen geltend gemacht, so untersteht deren Beurteilung ebenfalls dem Augenscheingericht⁴¹.

E Obergericht

Das Obergericht, bestehend aus dem Obergerichtspräsidenten und sechs Oberrichtern, ist in erster Linie Rechtsmittelinstanz in Zivil- und Strafsachen⁴². Erstinstanzlich amtiert das höchste Gericht im Kanton Glarus in Fällen, in welchen das Bundesrecht den kantonalen Instanzenweg auf eine Instanz beschränkt⁴³. Sodann können die Parteien durch Vereinbarung in vermögensrechtlichen Streitigkeiten direkt ans Obergericht gelangen, sofern der Streitwert mindestens dem Berufungsstreitwert ans Bundesgericht entspricht⁴⁴. Neben der rechtsprechenden Tätigkeit übt das Obergericht auch die Aufsicht über die unteren Gerichte und das gesamte Gerichtspersonal aus⁴⁵. Ferner sind ihm auch die Rechtsanwälte unterstellt⁴⁶.

Die Obergerichtskommission, gebildet aus dem Obergerichtspräsidenten und zwei vom Obergericht selbst bezeichneten Oberrichtern, ist Appellationsinstanz gegenüber allen Urteilen der Zivilgerichtskommission sowie gegenüber Urteilen des

40 Zum folgenden ZPO 14 Abs. 1, 3.

41 ZPO 14 Abs. 2.

42 KV 59.

43 GO 20 Abs. 5, sofern es Zivilstreitigkeiten sind, welche nach der Bundesgesetzgebung oder den Staatsverträgen über die Erfindungspatente, die gewerblichen Muster und Modelle, die Fabrik- und Handelsmarken und das Urhebergesetz an Werken der Literatur und Kunst, sowie gemäss Art. 7 und 14 des BG über Kartelle und ähnliche Organisationen zu beurteilen sind. In diesen Fällen ist der Obergerichtspräsident zuständig für vorsorgliche Massnahmen, GO 6 Abs. 3.

44 ZPO 18.

45 KV 59 Abs. 3, GO 20 Abs. 2, 3. Die Aufsicht über die Tätigkeit von Verhöramt und Staatsanwalt übt das Kriminalgericht aus, KV 58 Abs. 4, GO 20 Abs. 4.

46 GO 29, ZPO 48.

Zivil- und Augenscheingerichtes, sofern der Streitwert Fr. 3000.-, nicht aber Fr. 5000.- übersteigt⁴⁷. Ferner amtet sie als Berufungsinstanz bei Erstreckungen von Mietverhältnissen, soweit sich diese auf Wohnungen beziehen⁴⁸.

F Weitere Organe der Zivilrechtspflege

Neben den bisher angeführten Gerichten nehmen noch weitere Organe Aufgaben der Zivilrechtspflege wahr. Es handelt sich um das Versicherungsgericht, das Schiedsgericht für Streitigkeiten zwischen Krankenkassen und Ärzten, Apothekern usw., das Schiedsgericht für Streitigkeiten zwischen der Schweizerischen Unfallversicherungsanstalt und Ärzten, Apothekern usw., die Landesschatzungskommissionen 1. und 2. Instanz sowie die Verwaltungsbehörden⁴⁹. In privatrechtlichen Angelegenheiten, über welche die Parteien frei verfügen können, ist es den Parteien anheimgestellt, auf die Mitwirkung der ordentlichen Gerichte zu verzichten und ein vertraglich vereinbartes Schiedsgericht einzusetzen⁵⁰.

Weitere Gerichte wie Arbeits-, Miet- oder Handelsgesicht kennt das Glarner Recht nicht. Ihre Aufgaben nehmen die ordentlichen Gerichte wahr. Ein dem Obergericht übergeordnetes Kassationsgericht gibt es ebenfalls nicht⁵¹.

47 ZPO 17 Abs. 1; vgl. auch EG SchKG 24 Abs. 2.

48 ZPO 17 Abs. 2; vgl. auch noch EG SchKG 24 Abs. 1.

49 GO 1.

50 GO 13. Das schiedsgerichtliche Verfahren ist in ZPO 351–362 geregelt.

51 Anlässlich der Revision von 1930 wurde die Schaffung eines eigenständigen Kassationsgerichtes abgelehnt. Im Bericht der Landrätlichen Kommission an den h. Landrat des Kts. Glarus vom 30.7.1929 zum Entwurf einer neuen Zivilprozessordnung, S. 3 heisst es dazu: "Es erscheint durchaus zweckmässig, dass kein besonderes Gericht eingeführt, sondern das Obergericht eingesetzt wird, obwohl dadurch Kassation gegen obergerichtliche Urteile selbst ausgeschlossen wird. Ein besonderes Kassationsgericht müsste aus Juristen gebildet werden, also aus den Kreisen der Anwälte. Abgesehen davon, dass sich die richterliche Tätigkeit durchaus von der eines Anwaltes unterscheidet, wäre es in unsern kleinen Verhältnissen, wo stets nur ein ganz beschränkter Personenkreis als Richter und Kassationsrichter in Frage kommt, unzweckmässig, die Anwälte wieder zu Richtern über die Richter 1. und 2. Instanz zu machen, und das auch, trotzdem natürlich der in einem Fall beteiligte Anwalt selber nicht als Kassationsrichter sitzen könnte."

§ 3 Grundzüge des ordentlichen Verfahrens

I Besondere Merkmale des Glarner Zivilprozesses

A Grundsatz der Öffentlichkeit

Dem Glarner Zivilprozess ist seit jeher der Grundsatz der Öffentlichkeit eigen, welcher die Kontrolle der richterlichen Tätigkeit durch die Allgemeinheit bezweckt. Bereits die erste Zivilprozessordnung von 1837 bestimmte in § 151: "Die Verhandlungen der Parteien vor Gericht sind öffentlich und mündlich." Doch schon vor der ersten einheitlichen Kodifizierung des Zivilprozessrechtes waren die Gerichtsverhandlungen jedermann zugänglich¹. Für den Grundsatz der Öffentlichkeit des Glarner Rechtes lässt sich denn nicht behaupten, er gehe auf die liberale Bewegung des 19. Jahrhunderts zurück.

Die heutige Zivilprozessordnung enthält in Art. 135 ZPO das Öffentlichkeitsprinzip. Es bedeutet, dass jedermann, obwohl selbst in keiner Weise am Verfahren beteiligt, Anrecht darauf hat, den Verhandlungen beizuwohnen. Einzig bei Klagen aus Familienrecht (Ehescheidungen, Vaterschaftsklagen etc.) schliesst das Gesetz im Interesse der Parteien die Allgemeinheit von der Teilnahme an der Tagfahrt aus². Neben den Verhandlungen ist auch die Urteilsverkündung öffentlich³. Hingegen findet die Urteilsberatung im geheimen statt⁴.

B Ausgeprägte Mündlichkeit

Charakteristisch für den Glarner Zivilprozess ist im weiteren die ausgeprägte Mündlichkeit, welche praktisch sämtliche Verfahren beherrscht. Das Zivilprozessgesetz weist nicht zum vorneherein bestimmte Prozesse ins schriftliche Verfahren; dieses ist erst dann einzuschlagen, wenn eine Streitsache wegen ihrer Weitschweifigkeit mehr als eine Tagfahrt in Anspruch nimmt⁵. Einzig das Kassationsverfahren bzw. das Berufungsverfahren nach EG ZGB und OR finden in der Regel schriftlich statt; es bleibt aber dem Obergericht unbenommen, eine mündliche Verhandlung anzuberaumen⁶. Der in anderen Kantonen festzustellende Trend zur Schriftlichkeit⁷ hat bis heute im Glarner Zivilprozess wenig Auswirkungen gezeitigt. Erst seit 1930⁸

1 Fritzsche, Zivilprozessordnung 183.

2 ZPO 135 Abs. 2.

3 ZPO 135 Abs. 3.

4 ZPO 229.

5 ZPO 135 Abs. 1, 153 Abs. 1; Landsgemeindememorial 1965, 50, 56.

6 ZPO 344 bzw. EG ZGB 4 Abs. 3, 6 Abs. 4, EG OR 4.

7 Betreffend Vor- und Nachteile des mündlichen Verfahrens Guldener 396 f., Habscheid 341 f., Rosenberg/Schwab 416.

8 Dazu Landsgemeindememorial 1930, 45 f.

enthält die Zivilprozessordnung Vorschriften über das schriftliche Verfahren, welches aber nur unter den oben erwähnten einschränkenden Voraussetzungen stattfinden darf. Wie die gegenwärtige Praxis zeigt, hat sich das Beibehalten dieser umfassenden Mündlichkeit bewährt, denn in aller Regel reicht eine Tagfahrt für die Erledigung der Streitsache aus.

Mit der Mündlichkeit hängt zusammen, dass neben den Parteivorträgen auch das gesamte Beweisverfahren an der gleichen Verhandlung vonstatten geht⁹. Damit eine Tagfahrt für die Erledigung der Streitsache ausreicht, müssen die Parteien ihre Vorträge entsprechend vorbereiten können. Die Lösung hat der Gesetzgeber darin gefunden, dass Urkunden und Zeugen bereits geraume Zeit vor der Verhandlung in der Gerichtskanzlei niederzulegen bzw. anzumelden sind¹⁰.

C Verhandlungsmaxime

Ein weiterer althergebrachter Grundsatz des Glarner Zivilprozesses ist die Verhandlungsmaxime¹¹, welche das Gegenstück zur Offizialmaxime bildet. Die Verhandlungsmaxime besagt, dass das Sammeln, Darlegen und Beweisen des Tatsächlichen Sache der Parteien ist; die Aufgabe des Gerichtes besteht lediglich darin, das Recht auf den vorgebrachten Sachverhalt anzuwenden¹². An diesen ist das Gericht auch gebunden; es darf ihn nicht von sich aus ergänzen und berichtigen. Sodann muss es von der Gegenpartei nicht bestrittene Tatsachen als wahr betrachten¹³.

Abgesehen von der in bestimmten Streitigkeiten bundesrechtlich vorgeschriebenen Offizialmaxime hat die Verhandlungsmaxime im Glarner Zivilprozess in letzter Zeit Einschränkungen erfahren. So gilt bei Ausbleiben des öffentlich vorgeladenen Beklagten nicht mehr ausnahmslos die Geständnisfiktion, da das Gericht vom Kläger Beweis der vorgebrachten Tatsachen verlangen kann¹⁴. Im Verfahren vor dem Zivilgerichtspräsidenten ist dieser befugt, "unbeschränkt Beweise abzunehmen, insbesondere die Parteien oder Dritte zu befragen, die verpflichtet sind, alle verlangten Aufschlüsse zu erteilen."¹⁵ Dies bedeutet eine weitgehende Annäherung an die Offizialmaxime¹⁶. Bei der richterlichen Audienz, an welcher das Gericht die Möglichkeit hat, mit den Parteien Sachfragen näher abzuklären¹⁷, handelt es sich um ein eigentliches richterliches Fragerecht, das ebenfalls die Verhandlungsmaxime einschränkt.

9 Landsgemeindememorial 1965, 50.

10 ZPO 88 ff.; hinten II C 2. dieses Paragraphen.

11 ZPO 235.

12 ZPO 235; Guldener 135, Habscheid 321, Kummer 76, Walder 187 f.

13 ZPO 160, 165; Guldener 136.

14 ZPO 66 Abs. 1; hinten § 20 III C.

15 ZPO 261 Abs. 3.

16 Landsgemeindememorial 1965, 59.

17 Landsgemeindememorial 1965, 51.

D Eventualmaxime

Die Eventualmaxime, auch Konzentrationsgrundsatz genannt, ist im Glarner Zivilprozess in besonders ausgeprägter Weise vorhanden. Sie bedeutet, dass die Parteien alle gleichartigen Angriffs- und Verteidigungsmittel innerhalb eines bestimmten Prozessabschnittes vorzutragen haben und in einem späteren Zeitpunkt damit ausgeschlossen sind¹⁸. Der Konzentrationsgrundsatz bezweckt die Beschleunigung des Prozessverfahrens und soll verhindern, dass ein Rechtsstreit ins Uferlose abgleitet. Andererseits ist mit der Eventualmaxime gerade die Gefahr verbunden, dass die Parteien alles Erdenkliche in ihren Vorträgen vorbringen und so selbst zur Aufblähung der Prozesse beitragen.

Die Eventualmaxime macht sich im Glarner Zivilprozess in verschiedenen Verfahrensabschnitten bemerkbar. Bereits anlässlich der Vermittlung muss der Beklagte die Verrechnungseinrede vorbringen¹⁹. Die Geltendmachung von Uneinlässlichkeitseinreden ist ebenfalls auf einen ganz bestimmten Prozessabschnitt konzentriert. Gleich nach der Protokollierung des Klagebegehrens hat der Beklagte Uneinlässlichkeitseinreden anzubringen. Später ist er damit ausgeschlossen, es sei denn, es handle sich um einen von Amtes wegen zu beachtenden Mangel²⁰. Damit die Vorträge überhaupt vorbereitet werden können, bestimmt die Zivilprozessordnung, dass die Parteien alle Urkunden und Zeugen, die sie anzurufen gedenken, bereits einige Zeit vor der Hauptverhandlung der Gegenpartei zur Kenntnis zu bringen haben²¹. Nachträgliche Beibringung ist im erstinstanzlichen Verfahren nur noch statthaft, wenn sich die Gegenpartei damit einverstanden erklärt²². Wie stark im Glarner Zivilprozess die Eventualmaxime betont wird, zeigt sich gerade bei den Parteivorträgen. Der Kläger hat neben den rechtlichen Ausführungen im Klagevortrag sämtliche klagebegründenden Tatsachen unter Bezeichnung der Beweismittel vorzubringen. Die beklagte Partei muss ihrerseits alle rechtshindernden und rechtsaufhebenden Tatsachen in der Klageantwort geltend machen. In der Replik darf der Kläger nur noch dann allfällige weitere tatsächliche oder rechtliche Ausführungen anbringen, wenn ihn hiezu die Antwort des Beklagten veranlasst hat²³. Die Duplik dient nur noch der Verteidigung der in der Replik vorgebrachten Ausführungen. Neue Tatsachen oder Rechtsgründe kann der Beklagte seinem zweiten Vortrag nicht mehr beifügen; tut er dies dennoch, so darf sie der Richter nicht berücksichtigen²⁴.

Diese ausgeprägte Eventualmaxime erfordert von den Parteien äusserste Aufmerksamkeit. Da aber selbst sorgfältig prozessierenden Parteien Fehler unterlaufen

18 Guldener 156, Habscheid 326, Kummer 82, Walder 207.

19 ZPO 148 Abs. 3.

20 Hinten § 29 III B.

21 ZPO 88 ff.

22 ZPO 88 Abs. 2, 91 2. Satz.

23 ZPO 149 Ziff. 2.

24 ZPO 150 Abs. 2.

können, schränkt das Gesetz die Eventualmaxime ein. Im Appellationsverfahren lässt es neue Beweismittel zu, ohne darauf abzustellen, ob ein rechtzeitiges Vorbringen in erster Instanz möglich gewesen wäre²⁵.

II *Erstinstanzliches Verfahren*

A Klageeinleitung und Streitanhängigkeit

1. Grundsätzliches

Im Glarner Zivilprozess tritt nach Art. 51 ZPO die Streitanhängigkeit erst ein, wenn der Beklagte vom angehobenen gerichtlichen Verfahren in Kenntnis gesetzt wird. Doch schon vor diesem Zeitpunkt äussert die sog. Klageeinleitung des Klägers gewisse Wirkungen. Die Klageeinleitung ist massgebend für die Begründung des Gerichtsstandes und für die Wahrung der Klagefristen²⁶. Deshalb ist die Streitanhängigkeit streng von der Klageeinleitung zu trennen.

2. Klageeinleitung

Ein Prozess wird durch das Rechtsbegehren des Klägers in Gang gesetzt. Dem Grundsatz der Mündlichkeit entsprechend kann die klagende Partei ihr Begehren mündlich²⁷ oder schriftlich beim Vermittler anbringen. Sofern dem Gerichtsverfahren keine Vermittlung vorausgeht, schreibt das Gesetz in der Regel Schriftlichkeit vor²⁸.

Die Klageeinleitung bewirkt nun zweierlei. Einmal ist sie entscheidend für die Begründung des Glarner Gerichtsstandes. Dieser wird nach Art. 9 ZPO begründet:

1. durch die Aufgabe des Vermittlungsbegehrens bei der Post oder durch dessen Anbringen beim Vermittler;
2. in den Fällen, da keine Vermittlung stattfindet, durch die Aufgabe des Rechtsbegehrens bei der Post oder durch dessen Einreichung beim Zivilgerichtspräsidenten;
3. durch Erlass eines Rechtbotes durch den Zivilgerichtspräsidenten.

25 ZPO 88 Abs. 3, 316.

26 Landsgemeindememorial 1965, 54; PV 16.5.1978.

27 ZPO 9 Abs. 1 Ziff. 1, Vermittlerämter-Instruktion 2.

28 ZPO 1 Abs. 3 (schriftliche Eingabe beim Zivilgerichtspräsidenten), vgl. auch ZPO 63 Abs. 2, 285, EG ZGB 3 Abs. 2, 6 Abs. 2, 7 Abs. 2, EG OR 28 Abs. 2.

Im Gegensatz zu anderen Kantonen²⁹ wirkt im Glarner Zivilprozess nicht der Eintritt der Rechtshängigkeit zuständigkeitsbegründend, sondern die Einleitung der Klage beim Vermittler oder Gericht. In der Folge hat eine Wohnsitzänderung, auch wenn die Rechtshängigkeit noch nicht eingetreten ist, auf die Zuständigkeit der Glarner Gerichte keinen Einfluss mehr³⁰.

Die Klageeinleitung spielt auch für die Wahrung der Fristen die entscheidende Rolle³¹. Eine Klagefrist ist eingehalten, wenn der Kläger rechtzeitig sein Rechtsbegehren mündlich oder schriftlich anmeldet bzw. bei der Post aufgibt³². Dadurch ist es dem Beklagten verwehrt, durch Hinauszögern des Rechtshängigkeitseintrittes eine Fristversäumnis zu bewirken.

3. Eintritt und Wirkungen der Streitanhängigkeit

a) *Eintritt der Streitanhängigkeit*

Nach Art. 51 ZPO tritt die Streitanhängigkeit ein, "sobald dem Beklagten die Vorladung vor Vermittlung, die Mitteilung des Rechtsbegehrens seitens der Gerichtskanzlei in den Fällen, da keine Vermittlung stattfindet, oder ein Rechtbot zugestellt wurde." Entscheidend ist nach dieser Vorschrift der Zeitpunkt, in dem der Beklagte erstmals von der Prozesseinleitung in Kenntnis gesetzt wird. Dies ist als Regel zu betrachten. Die Praxis schränkt den Grundsatz allerdings beim Ediktalverfahren ein, da sie die Rechtshängigkeit mit dem schriftlich eingereichten Ediktalbegehren eintreten lässt³³. Wohl erwähnt Art. 51 ZPO das Ediktalbegehren nicht ausdrücklich, doch ist sinngemäss anzunehmen, der Rechtsstreit werde erst mit der zweiten Publikation der Ediktalladung rechtshängig.

29 Z.B. Zürich ZPO 16.

30 ZPO 9 Abs. 2; ZGE 28.2.1974, 19.3.1970.

31 Sofern es sich um bundesrechtliche Klagefristen handelt, ergibt sich dies aus dem Bundesrecht. Dieses bestimmt den Begriff der Klage und die Voraussetzung für die Wahrung der bundesrechtlichen Klagefristen, so dass dafür nicht der Zeitpunkt des Rechtshängigkeitseintrittes, welchen die Zivilprozessordnung festlegt, massgebend sein kann, Guldener 242; BGE 101 II 78 Erw. 2a, 100 II 343 Erw. 3b; vgl. auch Habscheid 249 f. Nach dem Gesagten ist auch die Klageeinleitung massgebend für die Unterbrechung der Verjährungs- und Ersitzungsfristen (OR 135, ZGB 663, 728 III), nicht etwa der spätere Eintritt der Rechtshängigkeit nach Art. 51 ZPO.

32 Landgemeindememorial 1965, 54; PV 16.5.1978, 2.2.1976.

33 Hinten § 15 II.

b) *Wirkungen der Streitanhängigkeit*

Die Rechtshängigkeit hat verschiedene prozessuale Wirkungen. Eine erste besteht darin, dass der Kläger sein Rechtsbegehren nach Eintritt der Rechtshängigkeit nicht mehr erweitern oder verändern darf³⁴. Eine solche Klageänderung liegt vor, wenn der Kläger im Laufe des Verfahrens mehr oder etwas anderes begehrt als er ursprünglich eingeklagt hat, was den Beklagten zu einer Uneinlässlichkeitseinrede berechtigt³⁵. Das Verbot der Klageänderung bezieht sich auch auf die im Rechtsbegehren bezeichneten Prozessparteien. Stellt sich später heraus, dass der Kläger beispielsweise anstelle der Gesellschafter die einfache Gesellschaft oder anstelle der gesamten Erbengemeinschaft lediglich einzelne Miterben eingeklagt hat, so kann er dieses Versäumnis nur mit einer neuen Klage nachholen³⁶. Die blosser Änderung der Parteibezeichnung kommt nicht in Frage. Nach der Praxis ist lediglich eine nachträgliche Präzisierung der Parteibezeichnung gestattet, dies aber nur dann, wenn "eine ungenaue Bezeichnung der nach dem Klageinhalt sicher bestimmten Partei berichtigt werden kann oder sogar muss."³⁷ Keine unzulässige Klageänderung liegt vor, wenn der Kläger den eingeklagten Anspruch später reduziert und weniger verlangt³⁸. Innerhalb des identischen Anspruches darf der Kläger auch jederzeit die rechtliche Begründung ändern³⁹. Die Praxis hat auch schon die Erweiterung des Rechtsbegehrens zugelassen. Ein Kläger hatte lediglich eine Ehetrennungsklage angestrengt, im Laufe des Prozesses aber plötzlich die Scheidung begehrt. Da die Gegenpartei damit einverstanden war, liess das Zivilgericht⁴⁰ die Klageänderung wohl nicht zuletzt aus prozessökonomischen Erwägungen zu.

Im Gegensatz zum Gerichtsstand der Hauptklage ist die Rechtshängigkeit massgebend für die Begründung des Gerichtsstandes der Widerklage; dieser bleibt bestehen, auch wenn der Kläger der Hauptklage später keine Folge mehr gibt⁴¹.

Sodann bildet die im Zeitpunkt des Rechtshängigkeitseintrittes vorhandene Sachlage die Grundlage für das nachfolgende Urteil⁴². Entscheidend ist also nicht die Sachlage zur Zeit der Urteilsfällung. Damit verbunden ist eine weitere Wirkung, welche sich darin äussert, dass der Streitgegenstand ab Eintritt der Rechtshängigkeit nicht mehr zum Nachteil der Gegenpartei oder zur Erschwerung des Beweises verändert werden darf⁴³. Dies ist aber insofern illusorisch, als erst eine entsprechende richterliche Weisung Nachteile wirksam verhindern kann, da erst diese strafrechtliche Sanktionen androhen kann⁴⁴.

34 ZPO 52 Ziff. 1, 75.

35 OGE 19.11./26.11.1947, 28.11.1945.

36 AGE 12.9.1973.

37 OGE 14.2.1977.

38 AGE 11.11.1970/31.5.1971/5.7.1972.

39 Walder 287.

40 ZGE 17.11.1960/16.2.1961, 30.10.1958.

41 ZPO 52 Ziff. 2.

42 ZPO 52 Ziff. 3.

43 ZPO 52 Ziff. 4–6, vgl. auch ZPO 79 Abs. 2.

44 Vgl. ZPO 97 Abs. 1 Ziff. 4, 102 Abs. 2.

Die Rechtshängigkeit hat auch zur Folge, dass gleichzeitig ein zweiter Prozess zwischen den selben Parteien über die identische Klage nicht stattfinden darf, was der Beklagte mit der Einrede der Rechtshängigkeit geltend machen muss, da im Glarner Zivilprozess die Rechtshängigkeit nicht von Amtes wegen berücksichtigt wird⁴⁵.

Ein rechtshängiger Prozess bedeutet auch, dass der Kläger an ihn gebunden ist, d.h. der Kläger ist vor die Wahl gestellt, entweder den Prozess bis zum Ende durchzuführen oder vorher auf den eingeklagten Anspruch im Sinne eines Klageabstandes zu verzichten⁴⁶. Immerhin kann der Kläger im Laufe des Prozesses von der Weiterführung des Rechtsstreites absehen, ohne dabei Rechtsnachteile in Kauf nehmen zu müssen, indem er den Leitschein nicht beim Gericht einreicht oder den Kostenvorschuss nicht leistet⁴⁷.

B Vermittlung⁴⁸

1. Zweck und Verfahren

Bereits die Kantonsverfassung⁴⁹ legt fest, dass grundsätzlich alle Streitigkeiten zuerst vor Vermittlung zu bringen sind. Ohne Leitschein, welchen der Vermittler nach erfolgloser Vermittlung ausstellt, kann der Kläger den beabsichtigten Prozess beim Gericht nicht durchführen. Der Zweck des Vermittlungsverfahrens besteht darin, eine gütliche Einigung zwischen den Parteien zu erzielen und den nachfolgenden Prozess zu vermeiden, was wiederum eine Entlastung der Gerichte bedeutet.

Da sich der ordentliche Gerichtsstand am Wohnsitz des Beklagten befindet⁵⁰, ist in der Regel der Vermittler der Wahlgemeinde⁵¹, in welcher der Beklagte wohnhaft ist, entweder mündlich oder schriftlich⁵² anzurufen. Das Verfahren wickelt sich in denkbar einfacher Weise ab. Es herrscht Mündlichkeit, und die Parteien sind in der Regel verpflichtet, persönlich zu erscheinen; Anwälte dürfen neben den Parteien, welche zudem noch einen Verwandten oder Bekannten mitbringen können, an der Vermittlung teilnehmen⁵³. Die Parteien sollen alle Urkunden mitneh-

45 Hinten § 28 III A 4.

46 Guldener 240, Walder 291.

47 Vgl. hinten II B 2. bei Anm. 59 bzw. II C 1. b dieses Paragraphen.

48 Dazu ZPO 67–87, Vermittlerämter-Instruktion, auf welche sich die folgenden Ausführungen stützen.

49 KV 55 Abs. 1, ebenso ZPO 1 Abs. 1, 67. Die Ausnahmen sind in ZPO 1 Abs. 2 Ziff. 1–15 aufgezählt. Vgl. auch EG ZGB 2 Abs. 1, 6 Abs. 2, 7 Abs. 2, EG OR 2 Abs. 1, 4, 28 Abs. 1 (arbeitsrechtliche Streitigkeiten), EG SchKG 18, 19, 34 Abs. 1.

50 ZPO 7 Abs. 1.

51 ZPO 2, 7; vgl. auch KV 64, 66 Abs. 2.

52 ZPO 9 Abs. 1 Ziff. 1, Vermittlerämter-Instruktion 2.

53 Für Einzelheiten vgl. ZPO 73.

men, auf die sie sich berufen wollen. Bei dinglichen Klagen oder wenn es die Parteien beantragen, hat der Vermittler auch einen Augenschein vorzunehmen, wobei es ihm freisteht, an Ort und Stelle zu vermitteln. Gegenstand der Vermittlung ist nur das vom Kläger eingereichte Rechtsbegehren, welches dem Beklagten jeweils in der Vorladung mitgeteilt wird. Gütliches Entgegenkommen oder Anerbieten ist der betreffenden Partei weder an der Ehre noch an der Sache nachteilig; hierüber darf der Vermittler weder etwas auf dem Leitschein vermerken noch als Zeuge auftreten⁵⁴. Die Aufgabe des Vermittlers besteht darin, geeignete Vorschläge für eine Einigung vorzubringen, sofern es sich zeigt, dass sich die Parteien nicht einigen können. Dem Vermittler ist es aber verwehrt, durch übereifriges Zureden und Drängen einen Vergleich herbeizuführen. Gelingt keine Einigung, so stellt der Vermittler einen Leitschein aus, welcher den Kläger zur Einreichung der Klage beim zuständigen Gericht berechtigt. Der Leitschein ist bei vorgeschriebener Vermittlung unerlässliches Erfordernis für die Anrufung des Gerichtes. Ob ein gültiger Leitschein vorliegt, hat das Gericht von Amtes wegen zu prüfen⁵⁵. Bleibt eine Partei der Vermittlung fern, so ist nochmals vorzuladen. Sofern der Beklagte erneut nicht erscheint, hat der Vermittler dem Kläger einen Leitschein auszustellen⁵⁶.

2. Besonderheiten

Der vom Vermittler nach erfolglosem Vermittlungsversuch auszustellende Leitschein bleibt sechs Monate vom Datum der Vermittlungsverhandlung an gerechnet in Kraft; eine kürzere Frist ist lediglich im beschleunigten Verfahren, bei Abverkennungsklagen und bei Baueinsprachen, sofern der Einsprecher klagt, mit einer Gültigkeitsdauer von 20 Tagen vorgesehen⁵⁷. In dringenden Fällen kann der Beklagte die Verkürzung der sechsmonatigen Leitscheinfrist beantragen⁵⁸. Innerhalb der erwähnten Fristen ist die eingeleitete Klage durch Einreichung des Leitscheines beim zuständigen Gericht anzumelden. Fristversäumnis hat zur Folge, dass der Leitschein seine Gültigkeit verliert und nicht mehr zur Anmeldung beim Gericht benutzt werden kann. Im Gegensatz zur früheren Regelung ist damit aber nicht mehr die Verwirkung des Klagerechtes für den Anspruch verbunden, sondern die Klage gilt lediglich als einstweilig zurückgezogen unter Vorbehalt der Wiederein-

54 ZPO 79 Abs. 1.

55 ZPO 113; OGE 29.6.1948, 2.7.1945, ZGE 18.5.1935.

56 Was zu geschehen hat, wenn der Kläger zweimal im Vermittlungsverfahren ausbleibt, ist aus dem Gesetz nicht zu entnehmen. ZPO 71 Abs. 2 3. Satz spricht eher für, ZPO 83 Abs. 1 gegen die Ausstellung eines Leitscheines. Mangels Interesse an der eingeleiteten Klage ist m.E. dem Kläger kein Leitschein auszustellen, wobei analog der Säumnisfolge bei Nichteinreichen des Leitscheines einstweiliger Rückzug der Klage unter Vorbehalt der Wiedereinbringung anzunehmen ist.

57 ZPO 86 Abs. 1.

58 ZPO 86 Abs. 2. Vgl. dazu hinten § 38 I A 4. a sowie Landsgemeindememorial 1979, 76.

bringung⁵⁹. Dazu hat jedoch der Kläger die Klage nochmals beim Vermittler einzuleiten und einen neuen Leitschein zu erwirken. Verspätet eingereichte Leitscheine sind vom Gericht von Amtes wegen zurückzuweisen und berechtigen den Beklagten zu einer Uneinlässlichkeitseinrede⁶⁰. Wegen der beschränkten Gültigkeit des Leitscheines gilt die Anrufung des Vermittlers als Klageerhebung im Sinne des Bundesrechtes⁶¹. Für die Wahrung einer bundesrechtlichen Klagefrist genügt es daher, dass die Klage vor Fristablauf beim Vermittler eingeleitet und der Leitschein hernach rechtzeitig beim Gericht eingereicht wird.

Grundsätzlich hat der Beklagte im Vermittlungsverfahren keine Einreden geltend zu machen⁶². Einzige Ausnahme bildet die Verrechnungseinrede. Diese ist bereits vor dem Vermittler zu erheben, da sie Gegenstand des Vermittlungsversuches und auf dem Leitschein beurkundet sein muss⁶³. Späteres Vorbringen ist ausgeschlossen. Was die Widerklage betrifft, so muss auch sie durch ein Vermittlungsbegehren oder spätestens anlässlich der Vermittlung erhoben werden⁶⁴.

Da im Glarner Zivilprozess die Rechtshängigkeit bereits im Vermittlungsverfahren eintritt und die Gebundenheit des Klägers an den angehobenen Prozess bewirkt, stellt der Rückzug des Rechtsbegehrens im Vermittlungsverfahren einen Prozessabstand im Sinne von Art. 47 ZPO mit materieller Rechtskraftwirkung dar⁶⁵. Die Anerkennung der Klage vor dem Vermittler ist ebenfalls ein solcher Prozessabstand. Der Vergleich vor dem Vermittler hat den Charakter eines gerichtlichen Vergleichs und besitzt volle Rechtskraftwirkung⁶⁶, da er in einem rechtshängigen Prozess abgeschlossen wird.

59 Dazu Landsgemeindememorial 1979, 76. Der bisherige Art. 87 ("Durch Versäumnis vorstehender Fristen wird das Klagerecht für den Anspruch verwirkt") wurde ersatzlos gestrichen. Vgl. zur alten Regelung auch OGE 25.11.1958, 2.7.1945.

60 ZPO 113; OGE 29.6.1948, 2.7.1945, ZGE 18.5.1935 sowie hinten § 28 III A 9.

61 Vgl. BGE 98 II 181 Erw. 11 und dort zitierte Entscheide; Kummer 170, Walder, Prozess-erledigung 114 f.

62 ZPO 78 2. Satz. Vgl. auch ZPO 20 Abs. 1, 145 f. sowie BGE 87 I 59.

63 ZPO 148 Abs. 3; OGE 29.3.1976, 18.2.1974. Dazu das Bundesgericht im unveröffentlichten Entscheid vom 10.2.1975 i.S. Romonta AG c. Finger AG: "Es ist Sache des Schuldners, die Voraussetzungen der Verrechnung, besonders auch die Kundgabe des Verrechnungswillens, in dem vom Prozessrecht bestimmten Stadium des Prozesses und in der vorgeschriebenen prozessualen Form darzulegen. Das Bundesrecht verbietet den Kantonen nicht, dem Schuldner diesbezügliche Pflichten schon im Vermittlungsversuch aufzuerlegen."

64 ZPO 7 Abs. 1 Ziff. 1, Vermittlerämter-Instruktion 11; ZGE 18.8.1966, 8.6.1961, 26.5.1955, 20.9.1951.

65 OGE 25.11.1958, ZGE 2.6.1951, 21.3.1947; vgl. auch Guldener 296 Anm. 9. Anders Zürich ZPO 191 Abs. 2.

66 Guldener 288.

C Vorbereitung der Hauptverhandlung

1. Kostenvorschuss

a) *Allgemeines*

Jeder Kläger und Widerkläger ist verpflichtet, zur Deckung der Gerichtskosten, Gebühren und Ausgaben einen angemessenen Kostenvorschuss bei der Gerichtskasse zu hinterlegen, welcher nötigenfalls im Laufe des Verfahrens noch zu ergänzen ist; in besonderen Fällen kommt noch ein Vorschuss für die ausserrechtliche gegnerische Entschädigung hinzu, was aber einen Antrag der Gegenpartei bedingt⁶⁷. Bei “besonderen Fällen” ist beispielsweise an umfangreiche Prozesse und ausländische Parteien gedacht⁶⁸. Da das Gesetz von besonderen Fällen spricht, darf die Sicherstellung der ausserrechtlichen Entschädigung nicht zur Regel werden. Beklagter und Widerbeklagter sind nur vorschusspflichtig für Kosten, die sie einseitig durch ihre Vorkehrungen bedingen⁶⁹.

Die Frist für die Leistung des Kostenvorschusses beträgt 20 Tage, welche bei unbenütztem Ablauf durch eine Nachfrist von höchstens 10 Tagen ergänzt wird⁷⁰. Finanziell schwach gestellte Parteien können die unentgeltliche Rechtspflege beantragen, welche sie von jeglicher Vorschussleistung und von weiteren Kosten befreit⁷¹. Bedauerlicherweise enthält das amtliche Formular, mit welchem der Gerichtsvorsitzende den Kläger zur Vorschussleistung auffordert, keinen Hinweis auf die unentgeltliche Prozessführung. Das Gesuch um Unentgeltlichkeit unterbricht die Frist zur Vorschussleistung, welche bei abschlägigem Entscheid von neuem beginnt⁷².

b) *Folgen bei Nichtleistung*

Als Säumnisfolge bei Nichtleistung des Kostenvorschusses sieht Art. 27 Abs. 2 ZPO den “Rückzug der Klage im Sinne des Artikels 47” ZPO vor. Mit dieser nicht ganz klaren Formulierung⁷³ ist gemeint, dass die Klage im Unterschied zur früheren Regelung lediglich als einstweilen zurückgezogen gilt unter Vorbehalt späterer Wiedereinbringung⁷⁴. Sofern lediglich für einzelne Prozesshandlungen ein Vorschuss

67 ZPO 27 Abs. 1.

68 Becker 15.

69 ZPO 27 Abs. 5.

70 ZPO 27 Abs. 2.

71 Dazu ausführlich hinten §§ 4–12.

72 ZPO 27 Abs. 3; OGE 20.6.1977.

73 Die Verweisung auf ZPO 47 ist insofern missverständlich, als nach ZPO 47 Abs. 2 die Wiederaufnahme eines durch Abstandserklärung erledigten Prozesses unstatthaft ist, was aber nach der neuen Regelung gerade nicht der Fall sein soll.

74 Landgemeindememorial 1979, 76. Die heutige Regelung hat ihre Ursache im BGE 104 Ia 105 ff., welcher die in aZPO 27 Abs. 2 vorgesehene Fiktion des Klagerückzuges ohne die Möglichkeit späterer Wiedereinbringung als mit dem Bundesrecht unvereinbar erklärte.

zu leisten ist, bewirkt die Saumnis, dass die betreffende Handlung zum Nachteil des Säumigen unterbleibt.

2. Niederlegung der Urkunden in der Kanzlei und Anmeldung der Zeugen

Sobald der Kläger den Leitschein beim Gericht eingereicht hat, benachrichtigt dieses hievon den Beklagten⁷⁵. Mit der "Anmeldung des Leitscheines" bzw. deren Mitteilung an den Beklagten beginnt die vierzehntägige Frist für allfällige Editionsbegehren⁷⁶. Damit der ganze Prozess an einer Verhandlung abgewickelt werden kann, sind die Parteien verpflichtet, sämtliche Urkunden, auf die sie sich berufen wollen, mit einem doppelten Verzeichnis versehen spätestens 20 Tage vor der Hauptverhandlung auf der Gerichtskanzlei zu hinterlegen, sie dort während 14 Tagen zwecks Einsichtnahme durch die Gegenpartei zu belassen und gleichzeitig die Gegenpartei oder deren Anwalt über die Urkundeneinlage schriftlich in Kenntnis zu setzen⁷⁷. Einzig für das einzelrichterliche Verfahren vor dem Zivilgerichtspräsidenten, für richterliche Weisungen und für das summarische Verfahren nach EG SchKG ist eine Urkundeneinlage vor der Hauptverhandlung nicht erforderlich⁷⁸. Reicht eine Partei ihre Urkunden verspätet bzw. unvollständig ein oder stellt sie das Editionsbegehren zu spät, so kann sie das Versäumte nur mit Zustimmung der Gegenpartei nachholen⁷⁹. Sofern der Gegner Einsprache erhebt, bleibt der betreffenden Partei nichts anderes übrig als auf die Urkunden zu verzichten oder diese im Appellationsverfahren beizubringen⁸⁰.

Bei der Anmeldung von Zeugen verhält es sich ähnlich. Zeugeneingaben⁸¹, welche Namen und Wohnort der Zeugen sowie die durch diese zu beweisenden Tatsachen enthalten müssen, sind unter gleichzeitiger Bezahlung des Zeugengeldes samt Reiseentschädigung vom Kläger spätestens 20 Tage, vom Beklagten spätestens 14 Tage vor der Hauptverhandlung schriftlich im Doppel bei der Gerichtskanzlei einzureichen⁸². Diese benachrichtigt die Gegenpartei umgehend von der Zeugeneingabe⁸³. Im Gegensatz zur Urkundeneinlage sieht das Gesetz keine nachträgliche Zeugeneingabe vor. Aus prozessökonomischen Gründen ist dies bei Zustimmung der Gegenpartei jedoch zu gestatten. Andernfalls wäre bei wichtigen Zeugen unweigerlich ein Appellationsverfahren die Folge, da in diesem nach Art. 316 ZPO neue Beweismittel zulässig sind.

75 ZPO 111 Abs. 2.

76 ZPO 91; Näheres dazu hinten § 39.

77 ZPO 88 Abs. 1.

78 ZPO 88 Abs. 1.

79 ZPO 88 Abs. 2, 91; PV 23.11. 1977.

80 ZPO 88 Abs. 3 in Verb. mit ZPO 316.

81 Solche Zeugeneingaben stellen keine Rechtsschriften dar.

82 ZPO 89 Abs. 1.

83 ZPO 89 Abs. 2.

Sofern eine Partei die persönliche Befragung der Gegenpartei verlangt, hat sie ihr dies spätestens 14 Tage vor der Hauptverhandlung mitzuteilen unter Bekanntgabe der durch die Parteibefragung zu beweisenden Tatsachen⁸⁴.

Gegen verspätete Beweiseingaben⁸⁵ kann die Gegenpartei in ihren Parteivorträgen Einspruch erheben⁸⁶. Eine Uneinlässlichkeitseinrede steht ihr jedoch nicht zu Gebote⁸⁷.

D Gang der Hauptverhandlung

1. Ordentliches Verfahren

a) *Mündliches Verfahren*

aa) *Vor Kollegialgerichten*

Die Hauptverhandlung beginnt mit der Verlesung und Protokollierung des klägerischen Rechtsbegehrens⁸⁸. Darauf muss der Beklagte entweder seine Stellungnahme zum Rechtsbegehren bekannt geben⁸⁹ oder bereits zu diesem Zeitpunkt Uneinlässlichkeitseinreden⁹⁰ erheben sowie Aufschub⁹¹ begehren. Sofern der Beklagte eine Vorfrage in Form einer Uneinlässlichkeitseinrede oder eines Aufschubbegehrens stellt, findet zuerst ein selbständiges Vorfrageverfahren mit je zwei Parteivorträgen statt, während auf die Hauptsache erst anschliessend oder an einer neuen Tagfahrt eingetreten wird⁹².

Nach der Protokollierung der beiden gegnerischen Standpunkte geht die Verhandlung mit dem Klagevortrag weiter, in welchem der Kläger die tatsächlichen Verhältnisse unter Bezeichnung der Beweismittel sowie die rechtliche Begründung des behaupteten Anspruches darzulegen hat⁹³. Anschliessend folgt die Klagebeantwortung, mit welcher der Beklagte auf die Hauptsache eintritt, was – abgesehen von Ausnahmen⁹⁴ – Verzicht auf Uneinlässlichkeit und Aufschub bedeutet. In der

84 ZPO 215 Abs. 1.

85 Augenschein, Eid und Expertise sind im ersten Parteivortrag zu beantragen, vgl. ZPO 144 Ziff. 1 bzw. ZPO 147 Ziff. 1.

86 ZPO 88 Abs. 2, 91.

87 ZGE 13.11.1969.

88 ZPO 137 Abs. 1.

89 ZPO 137 Abs. 2.

90 ZPO 145 Abs. 1. Dazu ausführlich hinten §§ 27–31.

91 ZPO 138 Abs. 1.

92 ZPO 138 Abs. 2, 146 Abs. 4.

93 ZPO 144.

94 Betreffend Uneinlässlichkeitseinreden hinten § 29 III B, betreffend Aufschubbegehren ZPO 138 Abs. 1 zweiter Satz. Vgl. auch OGE 10.7.1951, wonach die Sistierung eines Prozesses selbstredend in jedem Stadium des Verfahrens zulässig ist.

Klageantwort hat sich der Beklagte mit dem tatsächlichen und rechtlichen Vorbringen sowie den Beweismitteln des Klägers auseinanderzusetzen und den Sachverhalt unter Bezeichnung der Beweismittel aus seiner Sicht zu schildern, nebst einer Begründung des eigenen Rechtsbegehrens⁹⁵.

Klagevortrag und Klageantwort schliessen sich Replik und Duplik an, mit welchen aber die Parteien ihre ersten Vorträge wegen der ausgeprägten Eventualmaxime nicht frei ergänzen können. Im Glarner Zivilprozess ist der ganze Prozessstoff jeweils im ersten Vortrag darzulegen. So darf sich der Kläger in der Replik nur noch zur Klageantwort aussprechen; weitere tatsächliche und rechtliche Ausführungen sind ihm lediglich unter der Voraussetzung erlaubt, dass ihn hiezu die Klageantwort veranlasst hat⁹⁶. Den Schluss der Parteivorträge bildet die Duplik, in welcher sich der Beklagte einzig mit dem in der Replik Vorgebrachten auseinandersetzen darf. Neue Tatsachen oder Rechtsgründe kann der Beklagte seinem zweiten Vortrag nicht mehr beifügen; tut er dies dennoch, so darf sie der Richter nicht berücksichtigen⁹⁷.

Den Parteivorträgen kann sich eine richterliche Audienz anschliessen, welche die Abklärung einzelner Fragen oder eine gütliche Einigung bezweckt; als Ausnahme vom Prinzip der Unmittelbarkeit findet diese Audienz nicht vor dem Gesamtgericht, sondern vor einer Gerichtsdelegation oder einem Referenten statt⁹⁸.

Sofern der Beklagte eine Widerklage⁹⁹ erhoben hat, muss diese gleichzeitig vom Richter der Hauptklage¹⁰⁰ behandelt werden, wobei der Widerbeklagte zum Eintreten verpflichtet ist, es sei denn, er mache Gründe zur Uneinlässlichkeit oder zum Aufschub geltend¹⁰¹. Wird das Aufschubbegehren gutgeheissen, so sind Klage und Widerklage zu vertagen, sofern nicht das Gericht von Amtes wegen oder auf Partei-antrag hin die beiden Klagen trennt¹⁰². Falls auf die Hauptklage wegen Fehlens einer Prozessvoraussetzung nicht eingetreten werden kann, fällt auch die Widerklage dahin, es sei denn, dass der Richter der Hauptklage auch für die Behandlung der Widerklage als selbständige Klage zuständig ist und die Widerklage in den für eine selbständige Klage vorgeschriebenen Formen eingeleitet worden ist¹⁰³. Bei Rückzug oder Anerkennung der Hauptklage bleibt jedoch der Richter der Hauptklage weiterhin zuständig für die Beurteilung der Widerklage¹⁰⁴.

95 ZPO 147.

96 ZPO 149.

97 ZPO 150.

98 ZPO 152.

99 Zu den Voraussetzungen der Widerklage (gleiche Verfahrensart, Konnexität, sachliche Zuständigkeit) vgl. ZPO 148 Abs. 4; ZGE 26.1.1956; Guldener 261 ff., Habscheid 254 ff., Walder 140.

100 Die Streitwerte von Haupt- und Widerklage werden nicht zusammengerechnet; sofern hinsichtlich der Streitwerte die Zuständigkeit verschiedener Gerichte gegeben ist, wird stets der Richter mit der grösseren Kompetenz zuständig, vgl. ZPO 34.

101 ZPO 148 Abs. 1.

102 ZPO 148 Abs. 2.

103 ZGE 18.8.1966 in Anlehnung an Guldener 265.

104 ZPO 52 Ziff. 2; Guldener 265.

Die Beweisabnahme findet im Glarner Zivilprozess anlässlich der Hauptverhandlung statt, wobei das Prinzip der Unmittelbarkeit gilt. Dieses besagt, dass alle Mitglieder des urteilenden Gerichtes den massgebenden Parteihandlungen, insbesondere dem Beweisverfahren beizuwohnen haben¹⁰⁵. Beweisbedürftig sind im Bereich der Verhandlungsmaxime alle für den Ausgang des Rechtsstreites erheblichen und streitigen Tatsachen¹⁰⁶. Für diesen Beweis stehen den Parteien sieben Beweismittel zur Verfügung, die das Gesetz als gemeinschaftlich bezeichnet, d.h. sobald sich eine Partei auf ein bestimmtes Beweismittel berufen hat, kann sie es nur noch mit Zustimmung der Gegenpartei zurückziehen¹⁰⁷. Neben Urkunden-, Zeugen-, Augenschein- sowie Sachverständigenbeweis nennt die Zivilprozessordnung noch das Zugeständnis, die Befragung der Parteien und den Eid¹⁰⁸. Bei der Parteibefragung¹⁰⁹ handelt es sich um ein einfaches Parteiverhör, d.h. die Parteibefragung vermag lediglich Beweis für eine dem Befragten ungünstige Tatsache zu erbringen¹¹⁰. Das Zugeständnis zählt strenggenommen nicht zu den Beweismitteln, da sich über zugestandene Tatsachen jeglicher Beweis erübrigt¹¹¹. Der Parteieid stellt ein subsidiäres Beweismittel dar, das lediglich anwendbar ist, "wenn eine erhebliche und streitige Tatsache nicht anders bewiesen werden kann und die Behauptung durch die Aktenlage oder durch bestimmte Tatsachen oder Umstände glaubwürdig gemacht wird."¹¹² Bei Expertisen findet eine Schlussverhandlung statt, an der sich jede Partei einmal zum Bericht des Sachverständigen äussern kann¹¹³. Sofern die Beweisabnahme nicht in der Hauptverhandlung erfolgt, ist den Parteien auch bei den übrigen Beweismitteln eine Schlussverhandlung einzuräumen, damit sie zum Beweisverfahren Stellung nehmen können¹¹⁴. In zwei Fällen kennt die Zivilprozessordnung noch den althergebrachten Brauch des Belobens. Das Beloben dient zum einen bei der Edition von Urkunden als Ersatz des Editionseides, zum andern gelangt es subsidiär zur Anwendung, wenn die säumige Partei einen Entschuldigungsgrund darzutun hat¹¹⁵.

105 ZPO 123; Kummer 83 f. Ausnahme bildet die richterliche Audienz (ZPO 152).

106 ZPO 160.

107 ZPO 163.

108 ZPO 164.

109 Dazu Hans Ulrich Walder, Probleme der Parteibefragung im schweizerischen Zivilprozessrecht, in Gedenkschrift für Emmanuel Michelakis, Athen 1972, 615 ff.

110 OGE 28.8.1972; Landsgemeindememorial 1965, 58; Becker 58, Walder a.a.O. 619.

111 Vgl. ZPO 160; Guldener 347 f., Habscheid 385, Rosenberg/Schwab 611, Walder a.a.O. 616.

112 ZPO 220. Der Parteieid ist im Verfahren vor dem Zivilgerichtspräsidenten und in Ehestreitigkeiten ausgeschlossen, ZPO 261 Abs. 4 bzw. ZPO 276. Im Verfahren zur Feststellung oder Anfechtung des Kindesverhältnisses ist der Eid der Mutter für ihre Behauptung über den Beklagten nicht zulässig, ZPO 220 Abs. 2.

113 ZPO 210 Abs. 2.

114 Guldener 150.

115 ZPO 132 Abs. 2 bzw. ZPO 168 Abs. 2, 170 Abs. 2. Vgl. auch ZGE 4.7.1952, 26.4.1930 und W.A. Liebeskind, Stab und Stabgelübde im Glarner Landrecht, im Jahrbuch des Historischen Vereins des Kantons Glarus, 48. Heft (1936), 1 ff. Das Beloben geht folgendermassen vor sich: Der Gerichtsvorsitzende hält den Gerichtsstab am Knauf und erklärt der Partei die Bedeutung des Belobens der vorher von ihr gemachten Aussage. Darauf ergreift die Partei wortlos die Spitze des Gerichtsstabes, womit sie ihre Aussage belobt hat, vgl. Liebeskind a.a.O. 27.

bb) Vor dem Zivilgerichtspräsidenten

Das Verfahren vor dem Zivilgerichtspräsidenten als Einzelrichter im ordentlichen Verfahren wickelt sich grundsätzlich gleich ab wie dasjenige vor Kollegialgerichten¹¹⁶. Die einzelnen Abweichungen tragen dem Umstand Rechnung, dass die Parteien angesichts des geringen Streitwertes oft ohne Anwälte erscheinen, weshalb ein allzustrenger Formalismus fehl am Platze wäre. Die wesentlichsten Unterschiede¹¹⁷ zum ordentlichen Verfahren vor Kollegialgerichten betreffen zur Hauptsache das Beweisverfahren. So sind sämtliche Urkunden, auf die sich eine Partei berufen will, ohne vorherige Hinterlegung in der Gerichtskanzlei erst zur Hauptverhandlung mitzubringen¹¹⁸. Allfällige Zeugen haben die Parteien spätestens drei Tage vor der Hauptverhandlung durch den Gerichtswibel aufbieten zu lassen¹¹⁹. Partei- und Zeugeneid sind im Verfahren vor dem Zivilgerichtspräsidenten ausgeschlossen¹²⁰. Sodann steht dem Zivilgerichtspräsidenten die Befugnis zu, "ohne besonderes Verfahren unbeschränkt Beweise abzunehmen, insbesondere die Parteien oder Dritte zu befragen, die verpflichtet sind, alle verlangten Aufschlüsse zu erteilen."¹²¹ Darin liegt eine Einschränkung der sonst im Glarner Zivilprozess geltenden Verhandlungsmaxime, so dass im Verfahren vor dem Zivilgerichtspräsidenten weitgehend die Offizialmaxime herrscht¹²². Das bedeutet aber nicht, dass der Zivilgerichtspräsident seinem Entscheid nur solche Tatsachen zugrunde legen darf, von deren Vorhandensein er sich überzeugt hat. Wie weit er für Unbestrittenes Beweis abnehmen will, ist seinem Ermessen anheimgestellt. Auch bleibt mit dieser Regelung die Dispositionsmaxime unangetastet.

Was die Vorfragen und damit insbesondere die Uneinlasslichkeitseinreden betrifft, so müssen sie nicht bereits zu Beginn der Hauptverhandlung erhoben werden, sondern die Parteien können sie mit den Ausführungen zur Sache vorbringen¹²³.

b) Schriftliches Verfahren

Der Glarner Zivilprozess wird vom Grundsatz der Mundlichkeit geprägt; das schriftliche Verfahren bildet die Ausnahme¹²⁴. Es darf nur Platz greifen, wenn sich im Verlaufe eines Prozesses herausstellt, dass eine Streitsache wegen ihrer Weitläufigkeit durch eine Verhandlung nicht genügend geklärt werden könnte. Die Zivil-

116 ZPO 257.

117 Bezüglich der Parteivertretung und der Erscheinungspflicht, vgl. ZPO 260 Abs. 1 und 3.

118 ZPO 261 Abs. 1; OGE 3.11.1976.

119 ZPO 261 Abs. 2. Gleichzeitig ist die Zeugenentschädigung bei der Gerichtskanzlei zu hinterlegen.

120 ZPO 261 Abs. 4.

121 ZPO 261 Abs. 3.

122 Landsgemeindememorial 1965, 59.

123 ZPO 260 Abs. 6 sowie hinten § 29 III A 3. und IV A 3.

124 Vgl. vorne I B dieses Paragraphen.

prozessordnung weist nicht von vorneherein bestimmte Prozesse ins schriftliche Verfahren, sondern dieses wird, wenn sich seine Notwendigkeit herausstellt, von Fall zu Fall während des Verfahrens von Amtes wegen oder auf Begehren einer Partei angeordnet¹²⁵. Solche Begehren hat der Kläger innerhalb von 14 Tagen seit der Anmeldung des Leitscheines, der Beklagte innerhalb von 14 Tagen seit der Mitteilung der Leitscheinanmeldung schriftlich beim Gerichtsvorsitzenden einzureichen¹²⁶. Sofern sich die Notwendigkeit des schriftlichen Verfahrens erst in der Hauptverhandlung herausstellt, kann es auf mündliches Begehren hin oder von Amtes wegen bis spätestens vor der Replik angeordnet werden¹²⁷. In jedem Fall aber hat das Gericht zu prüfen, ob sich das schriftliche Verfahren als notwendig erweist.

Grundsätzlich sind auf das schriftliche Verfahren die allgemeinen Vorschriften über das mündliche Verfahren sinngemäss anwendbar, sofern sich nicht aus der Natur des schriftlichen Prozesses Abweichungen ergeben¹²⁸. So gelten für Uneinlässlichkeitseinreden besondere Vorschriften¹²⁹. Die Rechtsschriften sind in genügender Anzahl, jedoch mindestens im Doppel, mit den Urkunden samt einem Verzeichnis und den Zeugenfragen einzureichen¹³⁰. Eine Rechtsschrift wird der Gegenpartei zur Beantwortung innert einer vom Gerichtsvorsitzenden festzusetzenden Frist zugestellt, wobei die Akten der Gegenpartei in der Gerichtskanzlei eingesehen werden können¹³¹. Nach dem einmaligen Schriftenwechsel findet eine Verhandlung statt, welche sich auf Replik und Duplik beschränkt; sofern das schriftliche Verfahren erst in der Hauptverhandlung angeordnet worden ist, nimmt diese ihren Fortgang bei der Replik¹³². Ausnahmsweise ist ein zweiter Schriftenwechsel zulässig, oder das Gericht kann dem Beklagten gestatten, die Duplik schriftlich einzureichen, falls der Kläger dem Richter in der Replik schriftlich vorbereitete Rechtsätze¹³³ überreicht¹³⁴.

125 ZPO 153 Abs. 1. So hat die Praxis beispielsweise die Schriftlichkeit im Befehlsverfahren (PV 22.8.1974, 17.11.1972/5.1.1973) und im Verfahren betreffend Bewilligung des Rechtsvorschlages in der Wechselbetreibung (OGP 4.11.1976) zugelassen.

126 ZPO 153 Abs. 2.

127 ZPO 154 Abs. 2.

128 ZPO 155 Abs. 1.

129 ZPO 155 Abs. 2 und 3. Dazu ausführlich hinten § 29 III A 2. und IV A 2.

130 ZPO 156 Abs. 1.

131 ZPO 156 Abs. 2.

132 ZPO 158.

133 Gestützt auf ZPO 151 Abs. 2.

134 ZPO 159; Landgemeindememorial 1965, 56.

2. Beschleunigtes Verfahren

Das SchKG¹³⁵ schreibt den Kantonen für bestimmte Angelegenheiten das beschleunigte Verfahren¹³⁶ vor. Diesem Befehl ist der Glarner Gesetzgeber in der Weise nachgekommen, dass er einige Fristen des ordentlichen Verfahrens gekürzt und die Geltendmachung von Aufschubbegehren und Entschuldigungsgründen erschwert hat, weshalb sich das beschleunigte Verfahren im Glarner Zivilprozess als ordentliches Verfahren charakterisiert. So erfahren weder Prozessstoff noch Beweisführung irgendwelche Beschränkungen. Die wenigen Unterschiede bestehen darin, dass im beschleunigten Verfahren eine verkürzte Leitscheinfrist von 20 Tagen besteht¹³⁷, richterliche Weisungen frühzeitiger zu beantragen sind¹³⁸, die Hauptverhandlung in der Regel spätestens 20 Tage nach Eingang des Leitscheines stattfinden soll¹³⁹ und Verschiebung der Hauptverhandlung, Entschuldigungsgründe und Aufschubbegehren nur im äussersten Falle gestattet bzw. angenommen werden¹⁴⁰.

Weitere Möglichkeiten zur Beschleunigung des Prozesses blieben ungenutzt. Namentlich das Versäumnisverfahren wickelt sich gleich schleppend ab wie im ordentlichen Verfahren, muss doch bei säumigen Parteien zweimal vor Vermittler und zweimal zur Hauptverhandlung vorgeladen werden, bevor überhaupt ein Säumnisurteil ergehen kann¹⁴¹. Auch steht dem Beklagten im beschleunigten Verfahren das zeitraubende Einlassungsverweigerungsrecht mit dem Vorfrageverfahren und der damit verbundenen selbständigen Anfechtbarkeit des Vorfrageentscheides zu¹⁴². Der Prozessbeschleunigung wäre es weit dienlicher, wenn die Uneinlässlichkeitsreden mit der Hauptsache erhoben und behandelt werden müssten, womit eine Abspaltung in zwei Verfahren und mithin eine selbständige Weiterzugsmöglichkeit entfallen würde.

135 SchKG 25 Ziff. 1 in Verb. mit SchKG 111 Abs. 3, 148 Abs. 2, 157 Abs. 4, 250 Abs. 4, 265 Abs. 3, 279 Abs. 2 und 284.

136 Zuständig für Prozesse im beschleunigten Verfahren ist das Zivilgericht, EG SchKG 22 Abs. 2.

137 EG SchKG 29 Abs. 1, ZPO 86 Abs. 1.

138 EG SchKG 30. Dazu hinten § 41 I.

139 Unklar der Gesetzestext von EG SchKG 31. M.E. ist diese Vorschrift nur dann sinnvoll, wenn die Hauptverhandlung innerhalb von 20 Tagen seit Eingang des Leitscheines stattzufinden hat. Die Wendung "Tagfahrt anordnen" kann nicht die Bedeutung haben, dass der Zivilgerichtspräsident innerhalb dieser 20 Tage lediglich den Zeitpunkt der Hauptverhandlung festzusetzen hat, da nicht einzusehen wäre, weshalb EG SchKG 31 diesfalls der Beschleunigung dienen sollte.

140 EG SchKG 32.

141 Dazu hinten § 20 III D, § 26 II.

142 Vgl. dazu hinten § 29 IV B.

E Erledigung des Prozesses

Im Anschluss an die Parteivorträge und die Beweisabnahme findet die geheime Urteilsberatung statt¹⁴³. Zunächst erfolgt die Feststellung des Sachverhalts, indem die zu beweisenden Tatsachen und die Beweise festzusetzen und zu würdigen sind. Bei der eigentlichen Urteilsberatung hat der Gerichtsvorsitzende vorerst die Zusammenstellung der streitigen Tatsachen, das Beweisergebnis, allfällige Zugeständnisse sowie die Behauptungen und Begehren der Parteien bekanntzugeben. Hernach hat sich jeder Richter der Reihe nach über die zu beurteilenden Fragen zu äussern, worauf die Beratung freigegeben wird. Bei den Abstimmungen haben jeweils sämtliche Richter ihre Stimme abzugeben, wobei die absolute Mehrheit der Stimmen entscheidet¹⁴⁴. Nach dem Grundsatz der richterlichen Rechtsanwendung hat das Gericht die Rechtssätze von Amtes wegen anzuwenden¹⁴⁵.

Der Prozess findet seinen Abschluss durch Urteil¹⁴⁶, Prozessabstand oder Vergleich. Vorgesehen sind im Glarner Zivilprozess auch sog. Kompromissurteile¹⁴⁷, bei denen die Parteien den Entscheid dem Gericht nach freiem Ermessen übertragen¹⁴⁸. Bedingte Urteile ergehen, wenn der Ausgang des Rechtsstreites von der Leistung eines Parteieides abhängig gemacht wird, wobei die Folgen im Falle der Leistung oder Nichtleistung des Eides in der bedingten Entscheidung festzusetzen sind¹⁴⁹. Erwähnt ist im Gesetz auch die Abweisung einer Klage zur Zeit¹⁵⁰. Als Prozessabstand im Sinne von Art. 47 ZPO gelten Klagerückzug und Klageanerkennung. Die Wiederaufnahme eines durch eine solche Abstandserklärung erledigten Prozesses ist grundsätzlich nicht mehr möglich¹⁵¹.

Die Entscheide werden den Parteien vorerst ohne Begründung im Dispositiv zugestellt. Innert 20 Tagen seit Zustellung des Dispositives kann jede Partei schriftlich die Begründung des Urteils verlangen¹⁵², was erforderlich ist, um überhaupt Appellation und Nichtigkeitsbeschwerde ergreifen zu können.

143 Zur Urteilsberatung vgl. ZPO 228–233.

144 ZPO 234.

145 ZPO 235 Abs. 1. Betreffend Anwendung fremden Rechts, vgl. ZPO 235 Abs. 2 und Landsgemeindememorial 1965, 58 f.

146 Prozess- (dazu hinten § 29 VI) und Sachurteile.

147 Auch als "Verfahren zu geschlossenen Händen" bezeichnet. Näheres dazu bei Guldener 134 f.

148 ZPO 230. Vgl. etwa AGE 7.5.1958, 24.4.1951.

149 Vgl. ZPO 242 und ZGE 4.4.1936. Nach der Leistung oder Nichtleistung des Eides stellt der Richter die geschehene oder unterbliebene Beschwörung fest und eröffnet die bedingt ausgesprochene Entscheidung, ZPO 242 Abs. 2.

150 ZPO 241 Abs. 1 und 2.

151 ZPO 47 Abs. 2. Zu den Ausnahmen vgl. Guldener 297. Nach ZGE 21.3.1968 ist ein bedingter Klagerückzug nicht zulässig, vgl. aber ZGE 2.2.1978.

152 ZPO 248a Abs. 2 1. Satz. Ausnahmen vgl. ZPO 248a Abs. 2 2. Satz und ZPO 248b. Im beschleunigten Verfahren und im Verfahren vor dem Zivilgerichtspräsidenten beträgt die Frist 10 Tage.

Inappellable Urteile erwachsen am Tage ihrer Ausfällung in formelle Rechtskraft¹⁵³. Bei appellationsfähigen Urteilen tritt die formelle Rechtskraft ein, sobald gegen das Urteil die Appellation nicht mehr zulässig ist. Dies ist der Fall, wenn beide Parteien auf die Urteilsbegründung und damit auf die Appellation verzichten¹⁵⁴, bei unbenutztem Ablauf der Frist für die Urteilsbegründung¹⁵⁵ oder der Appellationsfrist¹⁵⁶ sowie bei Rückzug der Appellation nach Ablauf der Appellationsfrist.

F Prozesskosten

Die Prozesskosten, über welche sich das Gericht von Amtes wegen¹⁵⁷ im Urteil auszusprechen hat, teilt die Zivilprozessordnung in die rechtlichen und die ausserrechtlichen Kosten. Bei den rechtlichen Kosten handelt es sich zur Hauptsache um Gerichtskosten¹⁵⁸, bei den ausserrechtlichen um Parteikosten, wie Aufwendungen für den Anwalt, Fahrspesen, Verdienstausschlag etc. Die rechtlichen Kosten hat in der Regel die unterliegende Partei zu tragen¹⁵⁹. Sofern keine Partei vollständig obsiegt, sind die Kosten den Parteien im Verhältnis ihres Unterliegens aufzuerlegen¹⁶⁰. Neben der Tragung der rechtlichen Kosten hat die unterliegende Partei ihrem Prozesswidersacher im Verhältnis der Verteilung der rechtlichen Kosten eine angemessene ausserrechtliche Entschädigung zu entrichten¹⁶¹. Einen Anspruch auf vollständigen Ersatz ihrer ausserrechtlichen Kosten hat die vollumfänglich siegreiche Partei im Glarner Zivilprozess nicht¹⁶². Sie hat mithin immer einen Teil ihrer ausserrechtlichen Kosten selbst zu übernehmen. Die gesamten rechtlichen Kosten werden von der Gerichtskasse beim Kläger eingezogen; bei Un-erhältlichkeit hat sie der Beklagte der Gerichtskasse zu bezahlen, soweit sie ihm überhaupt auferlegt worden sind¹⁶³.

153 ZPO 256 Abs. 1. Dieser Artikel hat m.E. ZPO 248a Abs. 3 vorzuziehen, da bei inappellablen Urteilen die Unabänderlichkeit (vgl. Walder 253) seit der Urteilsfällung gegeben ist, ob jetzt eine Begründung verlangt wird oder nicht.

154 ZPO 248a Abs. 5 in Verb. mit ZPO 256 Abs. 2.

155 ZPO 248a Abs. 3 2. Satz.

156 ZPO 300 Abs. 2.

157 ZGE 31.3./21.4.1947.

158 Die rechtlichen Kosten sind in ZPO 243 Abs. 3 abschliessend (vgl. ZPO 244) aufgezählt.

159 ZPO 245 Abs. 1. Als unterliegende Partei gilt auch, wer den Abstand vom Prozess erklärt, ZPO 47 Abs. 4. Die durch das Ausbleiben einer Partei oder ihres Anwaltes dem Gericht und der Gegenpartei verursachten Kosten hat die ausgebliebene Partei ohne Rücksicht auf den Ausgang des Prozesses zu tragen, ZPO 126 Abs. 2.

160 ZPO 245 Abs. 2.

161 ZPO 246 Abs. 1.

162 Bei der Beratung der heute in Kraft stehenden ZPO hat der Landrat den Antrag eines seiner Mitglieder, der obsiegenden Partei sei eine volle ausserrechtliche Entschädigung zuzusprechen, abgelehnt, vgl. Landratsprotokoll vom 15. März 1965, 268.

163 ZPO 254.

III Grundzüge des Rechtsmittelverfahrens

Rechtsmittel sind Rechtsbehelfe, welche der Überprüfung von Urteilen auf das Vorhandensein von Mängeln dienen. Die Glarner Zivilprozessordnung zählt im Abschnitt über die Rechtsmittel vier Rechtsbehelfe auf, nämlich Appellation, Revision, Urteilserläuterung und Nichtigkeitsbeschwerde, wobei die Urteilserläuterung nicht als Rechtsmittel gilt¹⁶⁴. Die Appellation ist ein ordentliches, während die Nichtigkeitsbeschwerde und die Revision ausserordentliche Rechtsmittel sind¹⁶⁵.

A Appellation

Appellationsfähig sind die Urteile des Zivil-¹⁶⁶ und des Augenscheingerichtes, sofern der Streitwert vor Obergericht Fr. 3000.- übersteigt oder der Natur der Sache nach nicht geschätzt werden kann, sowie die Urteile der Zivilgerichtskommission¹⁶⁷. Versäumnisurteile und Wiederaufhebungsentscheide unterliegen ebenfalls der Appellation, falls die Hauptsache selbst appellabel ist¹⁶⁸. Gegen Vorentscheide richtet sich die Appellation, wenn jene die gerichtliche Zuständigkeit, die Einlassungspflicht des Beklagten oder die Zulässigkeit einer Widerklage betreffen und der Streitgegenstand appellabel ist¹⁶⁹.

Nicht gegeben ist die Appellation grundsätzlich gegen Urteile und Verfügungen des Zivilgerichtspräsidenten, es sei denn, sie sei ausdrücklich im Gesetz vorgesehen¹⁷⁰. Gegen Entscheide, die aufgrund von Klagerückzug und Klageanerkennung ergehen, gegen Kompromissurteile und gegen schiedsgerichtliche Erkenntnisse steht die Appellation ebenfalls nicht zu Gebote¹⁷¹. Prozessleitende Entscheide sind grundsätzlich nicht mit der Appellation anfechtbar; einzige Ausnahme bilden Entscheide, mit welchen das Gericht eine Partei in Prozessen mit appellablem Streitwert zum Parteieid zulässt¹⁷².

Appellationsinstanz ist das Obergericht, in einigen Fällen die Obergerichtskommission¹⁷³; die Appellation besitzt mithin devolutiven Charakter. Die Appel-

164 Walder 421. Die Urteilserläuterung wird daher im folgenden nicht behandelt.

165 Bei unzutreffender Rechtsmittelbelehrung ist den Parteien nochmals eine Frist für die Ergreifung des zulässigen Rechtsmittels anzusetzen, vgl. OGP 26.3.1975.

166 Gegen die übrigen Entscheide und Verfügungen des Zivilgerichtes ist die Appellation gegeben, sofern sie im Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist, ZPO 15 Abs. 1 Ziff. 2.

167 ZPO 15 Abs. 1 Ziff. 1 und 4, ZPO 17.

168 ZPO 15 Abs. 1 Ziff. 5. Dazu ausführlich hinten § 21 und 24 I.

169 ZPO 15 Abs. 2. Dazu hinten § 30 I A.

170 ZPO 15 Abs. 1 Ziff. 3. Vorgesehen ist die Appellation in EG SchKG 24 Abs. 1, EG OR 2 Abs. 3, EG ZGB 4 Abs. 1, 6 Abs. 4.

171 ZPO 47 Abs. 2 bzw. ZPO 230 Abs. 2 bzw. ZPO 358.

172 ZPO 15 Abs. 3; OGP 26.3.1975. Vgl. auch ZPO 40, 141.

173 ZPO 17, EG SchKG 24 Abs. 1 und 2.

lationsfrist beträgt 20 Tage von der Zustellung des begründeten Urteils¹⁷⁴ an gerechnet¹⁷⁵. Innerhalb dieser Frist ist die Appellation schriftlich im Doppel unter Beilegung des angefochtenen Urteils bei der Kanzlei des Obergerichtes anzumelden; zusätzlich hat der Appellant in der schriftlichen Appellationserklärung die Punkte des erstinstanzlichen Urteils anzuführen, gegen welche er die Appellation ergreift, und innerhalb der Appellationsfrist eine Einschreibgebühr von Fr. 50.- zu entrichten¹⁷⁶. Wenn diese Formvorschriften und die Appellationsfrist nicht eingehalten werden, ist das Recht auf Appellation verwirkt¹⁷⁷. Die Einlegung der Appellation schiebt den Eintritt der Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheides auf¹⁷⁸. Die Appellation ist daher ein ordentliches und suspensives Rechtsmittel.

Die Appellation steht beiden Parteien zu, sofern sie überhaupt beschwert sind. Erhebt nur eine Partei die Appellation, so kann die Gegenpartei lediglich die Bestätigung des angefochtenen Urteils beantragen¹⁷⁹. Vorgesehen ist auch die Anschlussappellation. Eine beschwerte Partei, die sich an und für sich mit dem erstinstanzlichen Urteil zufrieden geben möchte, kann sich innerhalb von 10 Tagen seit Mitteilung der Appellation dieser anschliessen; dies hat in gleicher Weise zu geschehen wie die Erklärung der Appellation¹⁸⁰. Der Vorteil der Anschlussappellation besteht darin, dass sie dem Anschlussappellanten einen günstigeren Entscheid bringen kann und nicht nur eine Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils. Der Nachteil liegt darin, dass die Anschlussappellation vom Schicksal der Appellation abhängt, d.h. wenn diese zurückgezogen wird, fällt auch die Anschlussappellation dahin¹⁸¹.

Nach Eingang der Appellationserklärung findet das Zulassungsverfahren statt¹⁸². Dabei hat der Obergerichtspräsident von Amtes wegen zu prüfen, ob der erstinstanzliche Rechtsstreit endgültig abgeurteilt und appellabel ist, ob die Appellationsfrist und die formellen Voraussetzungen der Appellationserklärung eingehalten worden sind. In zweifelhaften Fällen kann der Obergerichtspräsident zu einer mündlichen Verhandlung vorladen. Falls sämtliche Voraussetzungen vorliegen, ist die Appellationserklärung zuzulassen, andernfalls ist sie abzuweisen. Gegen den Entscheid des Obergerichtspräsidenten steht den Parteien das Recht zu, einen Vorstand vor dem Gesamtobergericht zu verlangen, welches daraufhin nochmals über die Zulässigkeit der Appellation entscheidet.

174 Ganz allgemein ist die Zustellung des begründeten Urteils für den Beginn der Rechtsmittelfristen massgebend, nicht etwa die Fällung oder mündliche Eröffnung des Entscheides, OGE 30.8.1976; vgl. auch ZPO 248a Abs. 3.

175 ZPO 303 Abs. 1. In einigen Fällen beträgt sie 10 Tage (vgl. EG ZGB 4 Abs. 1, 6 Abs. 4, EG OR 2 Abs. 3, 4, EG SchKG 24 Abs. 3) bzw. 5 Tage (EG SchKG 24 Abs. 3). Vgl. auch SchKG 174, 185.

176 ZPO 303 Abs. 1–4.

177 ZPO 303 Abs. 5 sowie OGE 18.12.1961.

178 ZPO 300 Abs. 2; vgl. aber EG ZGB 4 Abs. 4, EG OR 4. Nicht angefochtene Urteilspunkte erwachsen nach Ablauf der Appellationsfrist in Rechtskraft, Kummer 197.

179 ZPO 302.

180 ZPO 304 Abs. 1 und 2.

181 ZPO 304 Abs. 3.

182 Zum folgenden vgl. ZPO 306–310.

Im Appellationsverfahren steht den Parteien ein beschränktes Novenrecht zu. Zusätzlich zum Prozessmaterial des erstinstanzlichen Verfahrens können die Parteien neue Beweismittel vorbringen¹⁸³. Dadurch findet das Appellationsverfahren auf erweiterter Grundlage statt. Unzulässig sind hingegen neue, gegenüber dem erstinstanzlichen Verfahren erweiterte Rechtsbegehren¹⁸⁴.

Innerhalb von 20 Tagen seit Zustellung der genehmigten Appellationserklärung haben die Parteien die im erstinstanzlichen Verfahren eingereichten Urkunden und Urkundenverzeichnisse in der Gerichtskanzlei zu hinterlegen und hier während 14 Tagen zwecks Einsichtnahme durch das Obergericht und die Gegenpartei zu belassen; gleichzeitig sind auch die erstinstanzlichen Zeugen anzuführen und die Zeugenansinnen im Doppel einzureichen, sofern nochmals die Einvernahme dieser Zeugen verlangt wird¹⁸⁵. Falls sich eine Partei auf neue Beweismittel beruft, hat sie innerhalb von 20 Tagen seit Zustellung der genehmigten Appellationserklärung die Gegenpartei davon in Kenntnis zu setzen, die neuen Urkunden mit einem Verzeichnis im Doppel bei der Gerichtskanzlei einzureichen, allfällige Editionsbegehren zu stellen und die Zeugen gemäss den für das erstinstanzliche Verfahren geltenden Vorschriften zu bezeichnen¹⁸⁶. Auf Augenschein, Expertise und Parteieid haben sich die Parteien in ihrem ersten Vortrag zu berufen¹⁸⁷. Hingegen dürfte die Parteibefragung auch ohne spezielle Erwähnung in Art. 316 ZPO 14 Tage vor der Appellationsverhandlung der Gegenpartei anzuzeigen sein¹⁸⁸. Im schriftlichen Appellationsverfahren sind die neuen wie die bisherigen Beweismittel mit der Rechtsschrift einzureichen¹⁸⁹.

Das Appellationsverfahren findet in gleicher Weise statt wie das erstinstanzliche Verfahren¹⁹⁰. Die Klägerrolle nimmt die appellierende Partei ein, selbst wenn die Gegenpartei Anschlussappellation erklärt hat; wenn beide Parteien gegen das Urteil selbständig appellieren, bleibt ihre Stellung im Appellationsverfahren die gleiche wie vor erster Instanz¹⁹¹. Die Begründung der Appellation erfolgt erst an der mündlichen Appellationsverhandlung¹⁹², an welcher das erstinstanzliche Verfahren im Rahmen des Appellationsbegehrens neu aufgerollt wird. In der Regel fällt das Obergericht einen neuen Entscheid, der an die Stelle des angefochtenen tritt¹⁹³; die

183 ZPO 316.

184 ZPO 315.

185 ZPO 311.

186 ZPO 316 Abs. 1. Das Obergericht tritt auf verspätete Zeugeneingaben selbst dann nicht mehr ein, wenn die Gegenpartei damit einverstanden wäre, OGE 23.6.1975. Die gegen diesen Entscheid eingereichte staatsrechtliche Beschwerde hat das Bundesgericht im unveröffentlichten Entscheid vom 3.12.1975 i.S. Egli c. Lütshg abgewiesen.

187 ZPO 314 in Verb. mit ZPO 144 Ziff. 1 bzw. ZPO 147 Ziff. 1.

188 ZPO 314 in Verb. mit ZPO 215 Abs. 1.

189 ZPO 316 Abs. 4.

190 ZPO 314. Zum Säumnisverfahren vgl. hinten § 20 III E. In einzelnen Fällen ist das Appellationsverfahren schriftlich vgl. EG ZGB 4, EG OR 4.

191 ZPO 301.

192 ZPO 314, vgl. auch ZPO 301 Abs. 1.

193 ZPO 318, sofern das Appellationsverfahren nicht auf andere Weise erledigt wird.

Appellation ist daher ein reformatorisches Rechtsmittel. Ausnahmsweise besitzt sie kassatorische Wirkung¹⁹⁴. Im Entscheid hat sich das Obergericht über sämtliche Kosten des Rechtsstreites auszusprechen¹⁹⁵. Wenn das angefochtene Urteil wegen neuen Beweismitteln abgeändert wird, sind die daraus entstandenen rechtlichen und ausserrechtlichen Kosten in der Regel derjenigen Partei aufzuerlegen, die sich auf die neuen Beweismittel berufen hat¹⁹⁶.

B Nichtigkeitsbeschwerde

Der Nichtigkeitsbeschwerde unterliegen Urteile, Beschlüsse und Verfügungen jeder unteren Gerichtsinstanz¹⁹⁷. Zulässig ist die Nichtigkeitsbeschwerde daher auch gegen prozessleitende Entscheidungen dieser Gerichte¹⁹⁸. Schiedsgerichtliche Erkenntnisse sind ebenfalls mit der Nichtigkeitsbeschwerde anfechtbar¹⁹⁹.

Da die Nichtigkeitsbeschwerde ein subsidiäres Rechtsmittel darstellt, ist sie gegen die eben erwähnten Entscheide nur zulässig, wenn weder die Appellation noch der Weiterzug an das Bundesgericht²⁰⁰ gegeben ist oder der Nichtigkeitskläger nachweist, dass er erst nach Ablauf der Frist für die Ergreifung dieser Rechtsmittel von einem Nichtigkeitsgrund Kenntnis erlangt hat²⁰¹. In einzelnen Fällen ist die Nichtigkeitsbeschwerde stets ausgeschlossen, so etwa gegen Kompromissurteile²⁰².

Mit der Nichtigkeitsbeschwerde können nur qualifizierte Mängel des erstinstanzlichen Verfahrens gerügt werden. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist daher ein unvollkommenes Rechtsmittel. Die Nichtigkeitsgründe sind im Gesetz abschliessend aufgezählt²⁰³. Es handelt sich um die folgenden:

1. wenn einer Partei das rechtliche Gehör verweigert wurde;
2. wenn und soweit einer Partei mehr oder etwas anderes zugesprochen wurde, als sie selbst verlangt hat, oder weniger, als die Gegenpartei anerkannt hat;
3. wenn das Gericht seinen Entscheid auf aktenwidrige tatsächliche Annahmen gestützt hat;
4. wenn der angefochtene Entscheid überhaupt in formeller oder materieller Beziehung klares Recht verletzt.

194 ZPO 319; vgl. dazu OGE 15.3.1976.

195 ZPO 317 Abs. 2.

196 ZPO 316 Abs. 5.

197 ZPO 336. Vgl. auch EG OR 21 Abs. 2, 26.

198 OGE 20.6.1960, 29.12.1959, OGP 26.3.1975.

199 ZPO 358.

200 Dazu Guldener, Nichtigkeitsbeschwerde 154 ff., Sträuli/Messmer N. 1 ff. zu § 285 ZPO, Walder 427 f.

201 ZPO 337. Vgl. auch KV 59 Abs. 4.

202 ZPO 230 Abs. 2. Vgl. auch noch EG SchKG 26.

203 ZPO 336.

Kassationsinstanz ist das Obergericht²⁰⁴. Die Nichtigkeitsbeschwerde besitzt mit hin devolutiven Charakter. Die Frist für die Ergreifung der Nichtigkeitsbeschwerde beträgt 10 Tage seit Zustellung des begründeten Entscheides; nach Ablauf dieser Frist kann die Nichtigkeitsbeschwerde noch innerhalb der nächsten 10 Jahre von der Fällung des Entscheides an erhoben werden, sofern der Beschwerdeführer nachweist, dass er erst innerhalb von 30 Tagen vor der Eingabe seiner Beschwerde von einem Nichtigkeitsgrund Kenntnis erlangt hat²⁰⁵. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist innerhalb dieser Fristen schriftlich unter gleichzeitiger Entrichtung einer Einschreibgebühr von Fr. 50.- und unter Beilegung des angefochtenen Entscheides in dreifacher Ausfertigung beim Obergericht einzureichen²⁰⁶. Die Beschwerdeschrift muss enthalten²⁰⁷:

1. die genaue Bezeichnung des angefochtenen Entscheides;
2. die Angabe der Nichtigkeitsgründe und der Beweismittel;
3. den bestimmten Antrag, in welchem Umfang das frühere Verfahren als nichtig zu erklären ist.

Im Gegensatz zur Appellationserklärung hat die Beschwerdeschrift bereits eine vollständige Begründung des eingelegten Rechtsmittels zu enthalten. Ein Novenrecht steht den Parteien nicht zu²⁰⁸. Die Nichtigkeitsbeschwerde als ausserordentliches Rechtsmittel hemmt die Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheides nur, wenn dies der Obergerichtspräsident von Amtes wegen oder auf Parteiantrag hin anordnet²⁰⁹.

Nach Eingang der Beschwerdeschrift entscheidet der Obergerichtspräsident über die Zulässigkeit der Nichtigkeitsbeschwerde. Gegen seinen Entscheid können die Parteien innerhalb von 10 Tagen seit der schriftlichen Mitteilung Rekurs an das Gesamtobergericht ergreifen, welches daraufhin nochmals über die Zulässigkeit entscheidet²¹⁰.

Nach Zulassung der Nichtigkeitsbeschwerde ist die Beschwerdeschrift der Gegenpartei und der Vorinstanz zur schriftlichen Beantwortung innerhalb einer vom Obergerichtspräsidenten anzusetzenden Frist zuzustellen; bei Säumnis der Gegenpartei kann das Obergericht annehmen, die Gegenpartei anerkenne die tatsächlichen Vorbringen des Beschwerdeführers²¹¹. Das Beschwerdeverfahren ist in der

204 ZPO 16, 336 sowie KV 59 Abs. 4.

205 ZPO 338.

206 ZPO 339. Werden diese Vorschriften nicht eingehalten, so wird die Nichtigkeitsbeschwerde für unzulässig erklärt, vgl. OGP 13.12.1976.

207 ZPO 340. Die angerufenen Beweismittel sind der Beschwerde beizulegen oder darin zu bezeichnen. Nach OGE 22.12.1964 genügt es, wenn sich der Beschwerdeführer dem Sinne nach auf einen Nichtigkeitsgrund beruft, ohne ihn ausdrücklich anzuführen. Wesentlich ist, dass der dem Gericht unterbreitete Sachverhalt einen Nichtigkeitsgrund in sich schliesst.

208 OGE 26.3.1975; vgl. auch OGE 19.2.1975.

209 ZPO 343 Abs. 2. Die Frage, ob Nichtigkeitsgründe vorliegen, hat das Gesamtobergericht zu prüfen, Becker 105.

210 ZPO 342.

211 ZPO 343 Abs. 1.

Regel schriftlich, doch kann auch eine mündliche Verhandlung stattfinden²¹². Bei Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde wird der angefochtene Entscheid aufgehoben. Wenn die Akten vollständig und der Fall spruchreif ist, kann das Obergericht selbst einen neuen Entscheid fällen, andernfalls weist es die Sache zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurück, wobei diese an die rechtlichen Erwägungen des Obergerichtes gebunden ist²¹³. Die Nichtigkeitsbeschwerde kann daher reformatorischen oder kassatorischen Charakter haben.

C Revision

Die Revision richtet sich gegen rechtskräftige²¹⁴ Urteile und Entscheide der Gerichtspräsidenten, der ordentlichen Gerichte und der Schiedsgerichte²¹⁵. Urteile sind der Revision zugänglich, sofern sie materielle Rechtskraftwirkung entfalten²¹⁶. Unter den Begriff "Entscheide" in Art. 321 ZPO fallen alle übrigen Erkenntnisse, welche der materiellen Rechtskraft fähig sind²¹⁷ oder gegen welche die Revision nützlich erscheint²¹⁸. Die Revision ist auch gegen Kompromissurteile möglich²¹⁹.

Die Glarner Zivilprozessordnung kennt zwei Revisionsgründe²²⁰, die alternativ vorliegen müssen. Die Revision ist nämlich nur zulässig, wenn

1. neue entscheidende Tatsachen oder Beweismittel vorgebracht werden, die der Revisionskläger früher nicht kannte oder ohne sein Verschulden nicht geltend zu machen imstande war;
2. das Urteil nachweisbar auf falschen Beweismitteln beruht oder durch verbrecherische Handlungen erwirkt worden ist.

Die Revision hat keine devolutive Wirkung. Revisionsinstanz ist jeweils dasjenige Gericht, welches die angefochtene Entscheidung gefällt hat²²¹. Revisionsgesuche, denen aufschiebende Wirkung zukommt²²², sind innerhalb von 3 Monaten seit Entdeckung des Revisionsgrundes bei der Revisionsinstanz einzureichen²²³. Im all-

212 ZPO 344.

213 ZPO 345. Bezüglich der Kosten vgl. ZPO 346 sowie OGE 22.12.1964.

214 Solange die Appellation zu Gebote steht, ist daher die Revision nicht zulässig.

215 ZPO 320, 321; vgl. auch Becker 99.

216 Guldener 550.

217 Prozesserledigungen infolge Vergleich, Klagerückzug und Klageanerkennung (vgl. auch ZPO 47 Abs. 2).

218 Etwa Amtsbefehle vgl. hinten § 36 I C oder Entscheide im summarischen Verfahren.

219 Vgl. ZPO 230 Abs. 2.

220 ZPO 321.

221 ZPO 322. Bei schiedsgerichtlichen Urteilen und Entscheiden ist das Obergericht Revisionsinstanz.

222 ZPO 330. Der Vollzug der angefochtenen Entscheidung ist bis zum Entscheid über die Zulässigkeit des Revisionsgesuches aufzuschieben.

223 ZPO 322 Abs. 1.

gemeinen ist die Revision nach Ablauf von 15 Jahren seit dem Datum der zu revidierenden Entscheidung überhaupt ausgeschlossen; hat jedoch die Gegenpartei durch eigene verbrecherische Handlungen im früheren Prozess obsiegt, so beträgt die absolute Frist für die Zulässigkeit der Revision 25 Jahre²²⁴.

Das Revisionsgesuch ist schriftlich im Doppel unter Entrichtung von Fr. 100.- Einschreibgebühr einzureichen und hat zu enthalten²²⁵:

1. die genaue Darstellung der Veranlassung und Entdeckung der Revisionsgründe mit Angabe der Zeit und aller näheren Umstände;
2. die Bezeichnung der entsprechenden Beweismittel.

Das Doppel des Revisionsgesuches wird der Gegenpartei zugestellt, die ihrerseits ihre Akten innert 14 Tagen seit Zustellung des Revisionsbegehrens in der Gerichtskanzlei einzureichen hat, wo sämtliche Akten während 14 Tagen zwecks Einsichtnahme durch Gericht und Parteien liegen²²⁶. Allfällige Vorfragen und Editionsbegehren sind ebenfalls noch zu erledigen, bevor über die Zulässigkeit des Revisionsgesuches entschieden wird²²⁷.

Nach Abschluss dieses Vorverfahrens findet eine mündliche Verhandlung statt, an der über die Zulässigkeit des Revisionsgesuches entschieden wird²²⁸. Gegen den Vorentscheid einer unteren Instanz über die Zulässigkeit des Revisionsbegehrens kann die Appellation an das Obergericht ergriffen werden, falls die Hauptsache selbst appellabel ist²²⁹. Im Falle der Gutheissung des Revisionsgesuches hat der Revisionskläger innerhalb von 30 Tagen seit Zustellung des Revisionsentscheides den Prozess auf der Grundlage des erstmals angemeldeten Leitscheines beim zuständigen Gericht anzumelden²³⁰. Unter bestimmten Voraussetzungen kann sofort nach dem Entscheid über die Zulässigkeit des Revisionsgesuches auf die Hauptsache eingetreten werden²³¹. Bei der Behandlung der Hauptsache kann sich der Beklagte auch auf solche Verteidigungs- und Beweismittel berufen, von denen er im früheren Verfahren keinen Gebrauch gemacht hat, wenn sie sich auf die revidierten Punkte des früheren Urteils beziehen²³².

224 ZPO 323.

225 ZPO 324. Die Akten sind vom Revisionskläger sofort der Kanzlei einzureichen.

226 ZPO 324 Abs. 3–5.

227 ZPO 324 Abs. 6.

228 Das Verfahren wickelt sich nach den Vorschriften über das erstinstanzliche Verfahren ab, ZPO 325 Abs. 1. Der Revisionskläger kann zum Parteieid zugelassen werden, ZPO 326.

229 ZPO 327 Abs. 2.

230 ZPO 328 Abs. 1.

231 Dazu ZPO 328 Abs. 2.

232 ZPO 329.

2. TEIL

Die einzelnen Rechtsbehelfe

1. Abschnitt

Das Begehren um unentgeltliche Rechtspflege

§ 4 *Einleitung*

Gerichtsverfahren sind mit Kosten verbunden, weil der Staat für das Tätigwerden seiner Gerichte in der Regel¹ eine Entschädigung verlangt und der Prozessierende häufig auf die Hilfe eines Anwaltes angewiesen ist. Je nach Ausgang des Prozesses muss daher eine Partei unter Umständen mit erheblichen Kosten rechnen. Doch nicht jeder ist in der Lage, die finanziellen Umtriebe zu tragen, die ein Prozess mit sich bringt. In einem Rechtsstaat soll aber jeder Rechtsuchende, ob arm oder reich, die Hilfe eines Gerichtes beanspruchen können. Der Rechtsschutz darf mit anderen Worten kein Privileg der Reichen sein. Das Institut der unentgeltlichen Rechtspflege soll die Entstehung eines solchen Privilegs verhindern.

Diese Zielsetzung geht auch deutlich aus den Erwägungen hervor, die 1895 zur gesetzlichen Regelung in der Glarner Zivilprozessordnung geführt haben. So führt das Landsgemeindememorial von 1895 folgendes aus²: "Der Grundgedanke bei dem Institut ist, dass ganz vermögenslose Personen einen gerechten oder wenigstens nicht mutwillig erscheinenden Prozess auf Staatskosten führen können. Wir finden diese Einrichtung in auswärtigen Prozessordnungen fast überall, und sie scheint uns auf einem durchaus gerechten Prinzipie der Humanität und der Billigkeit zu beruhen. Es hat entschieden auch in unserem Lande schon Fälle gegeben, wo Parteien wegen Unerschwinglichkeit der Prozesskosten faktisch rechtlos gemacht worden sind. Das sollte in einem geordneten Rechtsstaate nicht vorkommen." Der Rechtsbehelf hat auch ohne grosse Änderungen³ Eingang in den Prozessgesetzen vom 4. Mai 1930 und 2. Mai 1965 gefunden.

Ein Recht auf die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ergibt sich jedoch nicht nur auf Grund allfälliger kantonaler Bestimmungen, sondern nach einheitlicher Auffassung besteht dieser Anspruch schon von Bundesrechts wegen, nämlich als Ausfluss des Grundsatzes der Rechtsgleichheit (Art. 4 BV)⁴.

Daneben kann sich ein bundesrechtlicher Anspruch vereinzelt auch auf ausdrückliche Vorschriften in Bundesgesetzen stützen⁵.

1 Vgl. ZPO 243 ff. Ausnahmsweise ist das gerichtliche Verfahren kostenlos, vgl. z.B. OR 343 Abs. 3.

2 S. 9. Weitere Ausführungen zur Geschichte der unentgeltlichen Rechtspflege bei Guggenheim 12 ff., Heuberger 16 ff., Jenny 6 ff., Meyer 13 ff.

3 Vgl. Bericht der landrätlichen Kommission an den h. Landrat des Kts. Glarus vom 30. Juli 1929, 5 und Landsgemeindememorial 1965, 55.

4 Anstatt vieler BGE 104 Ia 73 Erw. 1, 32 Erw. 2; Aubert II 630 N. 1751.

5 Vgl. z.B. AHVG 85 Abs. 2 lit. f, KUVG 121 Abs. 1, VwG 65 Abs. 2. Nach diesen Bestimmungen hat der Minderbemittelte Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand. Die Befreiung von den Gerichtskosten erübrigt sich, da in Sozialversicherungsprozessen, abge-

Der vom Bundesgericht aus Art. 4 BV hergeleitete Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege gilt subsidiär, d.h. er greift lediglich ein, wenn das kantonale Recht schweigt oder ungenügend ist⁶.

§ 5 Voraussetzungen für die Erteilung der unentgeltlichen Prozessführung

I Die anspruchsberechtigten Parteien

A Natürliche Personen

Einige Kantone¹ knüpfen an die Gewährung der Rechtswohltat an Bürger anderer Kantone und Ausländer² besondere Bedingungen. So haben z.B. nach Art. 61 Abs. 1 der Zivilprozessordnung von Graubünden Bürger anderer Kantone und Ausländer nur Anspruch auf die unentgeltliche Prozessführung, "wenn und soweit ihnen dieses Recht durch die Bundesgesetzgebung, durch Staatsverträge oder durch Gegenrechtserklärungen eingeräumt ist." In anderen kantonalen Zivilprozessordnungen³, darunter auch in derjenigen von Glarus, finden sich hingegen keine Bestimmungen, die besondere Voraussetzungen hinsichtlich anderer Kantonsbürger und fremder Staatsangehöriger statuieren. Mangels einer derartigen Vorschrift sind im Glarner Zivilprozess Bürger anderer Kantone und Ausländer, unabhängig davon, wo sich ihr Wohnsitz befindet, ohne Nachweis des Gegenrechtes oder allfällige Staatsverträge anspruchsberechtigt⁴.

Die Zivilprozessordnung vom 5. Mai 1895 hatte eine solche Bestimmung enthalten⁵. Anlässlich der Revision vom 4. Mai 1930 verzichtete der Gesetzgeber auf die Aufnahme des betreffenden Paragraphen ins neue Gesetz, ohne allerdings diese Änderung in den Materialien zu motivieren. Der Grund dürfte aber m.E. nur darin gelegen haben, dass in Zukunft die unentgeltliche Prozessführung jedermann ohne Rücksicht auf Herkunft und Wohnsitz zugänglich sein sollte.

sehen von Fällen mutwilliger Prozessführung, keine Gerichtskosten berechnet werden, vgl. z.B. AHVG 85 Abs. 2 lit. a, KUVG 30bis Abs. 3 lit. a.

6 BGE 103 Ia 3; Aubert II 651 N. 1805.

1 Z.B. Appenzell A.Rh. ZPO 78 Abs. 2, Appenzell I.Rh. ZPO 98 Abs. 2 und 3, Basel-Land ZPO 71 Abs. 2. Nur hinsichtlich fremder Staatsangehöriger Bern ZPO 77 Abs. 3 (Leuch N. 3 zu Art. 77 ZPO bezeichnet es als fraglich, ob diese Bestimmung vor BV 4 standhalte.), Schaffhausen ZPO 127 Abs. 2, St. Gallen ZPO 156 Abs. 2, Thurgau ZPO 103 Abs. 4.

2 Nach BGE 76 I 116 steht der unmittelbar aus BV 4 folgende Anspruch auf Unentgeltlichkeit auch Ausländern mit Wohnsitz in der Schweiz voraussetzungslos zu. Aufgrund von BGE 95 I 410 Erw. 4 f. dürfte dies auch für Ausländer mit Wohnsitz im Ausland gelten.

3 So Basel-Stadt ZPO, Schwyz ZPO, Solothurn ZPO, Uri ZPO, Zürich ZPO.

4 ZR 50 Nr. 4; Guggenheim 61, Jenny 54 Anm. 191, Meyer 79 Anm. 23, Sträuli/Messmer N. 2 zu § 84 ZPO.

5 § 51 ("Das Armenrecht findet nach obigen Grundsätzen auch Anwendung auf Schweizerbürger und Bürger vergebene Staaten").

B Ausschluss der juristischen Personen

1. Herrschende Lehre und Rechtsprechung

Juristischen Personen bleibt nach herrschender Lehre⁶ und Rechtsprechung⁷ ein Anspruch auf die unentgeltliche Rechtspflege versagt. In einzelnen Prozessordnungen wird dies ausdrücklich festgehalten⁸. In anderen Kantonen wird eine Nichterteilung damit begründet, dass der Wortlaut der massgeblichen Vorschriften nur auf natürliche Personen zutrefte⁹. Mit Wendungen wie "wer für sich und seine Familie" und "ohne Beschränkungen des notwendigen Lebensunterhaltes" oder ähnlichen Formulierungen, wie sie in vielen Zivilprozessgesetzen zu finden sind, können kaum juristische Personen gemeint sein.

Für das Verfahren gemäss OG hat das Bundesgericht einer Stiftung die Unentgeltlichkeit verweigert, unter anderem mit der Begründung, dass der Wortlaut von Art. 152 OG lediglich auf natürliche Personen zugeschnitten sei, da man nicht von bedürftigen juristischen Personen sprechen könne¹⁰. Nach Ansicht des Bundesgerichtes steht ein solcher Standpunkt auch im Einklang mit Art. 4 BV, denn es gehe nicht an, "sich auf Art. 4 BV auch zugunsten einer juristischen Person in ihrem Verhältnis gegenüber der natürlichen berufen zu wollen, wo es sich, wie gerade hier, um eine Frage handelt, bezüglich deren die Behandlung natürlicher und juristischer Personen nicht die gleiche sein kann. Der Grundsatz der Rechtsgleichheit verlangt nur, dass Gleiches gleich behandelt werden müsse, nicht aber auch Ungleiches".¹¹ Nach der Auffassung des Bundesgerichtes lassen auch die entsprechend formulierten Voraussetzungen in den kantonalen Zivilprozessordnungen keinen andern Schluss zu¹².

6 Eichenberger 91, Guggenheim 59, Habermuth 728, Heuberger 28 f., Jacot 69, Jenny 43 ff., Kehl, Unentgeltliche Prozessführung 11, Kummer 250, Leuch N. 2 zu Art. 77 ZPO, Lutz N. 3 zu Art. 156 ZPO, Meyer 80 ff., Rudolf Ottomann, Die Aktiengesellschaft als Partei im Zivilprozess, Diss. Zürich 1976 55 ff., Sontag, Kann den Handelsgesellschaften des schweizerischen Obligationenrechts das Armenrecht bewilligt werden?, SAG 21 (1948/49) 94 f. Nach F. von Steiger, Das Recht der Aktiengesellschaft in der Schweiz, 4. Aufl. Zürich 1970 33, ist es fraglich, ob einer Aktiengesellschaft die Unentgeltlichkeit erteilt werden kann. Nach Guldener, Supplement II 81, hat eine juristische Person hingegen Anspruch auf die unentgeltliche Rechtspflege, "wenn sowohl die juristische Person als auch die wirtschaftlich Beteiligten, sofern sie nicht Prozessgegner sind, mittellos sind". Das Bundesgericht hat aber im Entscheid 88 II 390 die Auffassung Guldener's abgelehnt.

7 BGE 88 II 386 ff., Max. IX (1950) Nr. 760, VIII (1932) Nr. 122, SJZ 70 (1974), 301 Nr. 76.

8 Z.B. Solothurn ZPO 106 Abs. 3, Schwyz ZPO 74 Abs. 3, Zürich ZPO 84 Abs. 3.

9 Eichenberger 91, Leuch N. 2 zu Art. 77 ZPO, Lutz N. 3 zu Art. 156 ZPO.

10 BGE 88 II 386 ff.

11 BGE 88 II 389 f.

12 BGE 88 II 390 Erw. 4 am Anfang.

2. Kein Anspruch auch aufgrund der Glarner Zivilprozessordnung

Auch für den Anspruch gestützt auf die Glarner Zivilprozessordnung drängt sich keine andere Lösung auf, spricht doch Art. 53 Abs. 1 ZPO von "ohne Beschränkung des notwendigen Lebensunterhaltes für sich und seine Familie". Diese Formulierung hat zweifellos nur natürliche Personen im Auge. Auch hält eine solche Auslegung von Art. 53 Abs. 1 ZPO vor der Praxis des Bundesgerichtes stand^{13, 14}.

Dass auch der Gesetzgeber bei der Einführung des Institutes nur an die natürlichen Personen gedacht hat, geht aus § 51 der Zivilprozessordnung vom 5. Mai 1895 hervor, wo ausdrücklich nur von "Schweizerbürger und Bürger vergegenrechteter Staaten" die Rede ist. Mit dem Ausdruck "Bürger" konnte der Gesetzgeber aber kaum juristische Personen gemeint haben.

C Andere parteifähige Gebilde

Nach herrschender Ansicht fallen Kollektiv- und Kommanditgesellschaft im Gegensatz zu den juristischen Personen unter die Anspruchsberechtigten. Allerdings darf einerseits kein ausreichendes Gesellschaftsvermögen vorhanden sein, und andererseits muss jeder unbeschränkt haftende Gesellschafter bedürftig sein¹⁵.

Dagegen kommt eine Konkursmasse für die Erteilung der Rechtswohltat nicht in Frage, weil nach Art. 260 SchKG für den Gläubiger die Möglichkeit besteht, den Prozess anstelle der Masse weiterzuführen¹⁶. Lässt sich ein minderbemittelter Konkursgläubiger einen Anspruch der Masse nach Art. 260 SchKG abtreten, so steht ihm grundsätzlich die unentgeltliche Prozessführung zu¹⁷.

D Streitgenossen und Nebenparteien

Eine mittellose Partei wird in der Regel als Kläger oder Beklagter am Prozess teilnehmen. Bei Streitgenossenschaft kann jeder einzelne Streitgenosse um die Gewäh-

13 BGE 88 II 390 Erw. 4 ("..., als auch in den kantonalen Prozessordnungen die Voraussetzungen für das Armenrecht meist in einer Weise formuliert sind, die keinen andern Schluss zulassen").

14 Zur Wünschbarkeit der unentgeltlichen Prozessführung für juristische Personen vgl. Jacot 70, 84 f., Ottomann (zit. Anm. 6 dieses §) 58 ff., F. von Steiger, Kann einer juristischen Person das Armenrecht erteilt werden?, SAG 23, 163 f. und Klaus Willenbruch, Das Armenrecht der juristischen Personen, Berlin 1977.

15 Eichenberger 91, Guggenheim 59, Haberthür 728, Heuberger 29, Leuch N. 2 zu Art. 77 ZPO; SJZ 27 (1930/31), 103.

16 BGE 61 III 170 ff.; Fritzsche II 46.

17 BGE 62 I 213 ff., vgl. auch die Kritik von Fritzsche II 46.

nung nachsuchen¹⁸. Doch auch Nebenintervenienten und Streitberufene sind anspruchsberechtigt¹⁹.

II Bedürftigkeit

A Zum Begriff "notwendiger Lebensunterhalt"

1. Gegenwärtige Auffassung

Eine Partei, die um die unentgeltliche Prozessführung nachsucht, darf nicht über ausreichende finanzielle Mittel verfügen; sie muss mit anderen Worten bedürftig sein. Nach Art. 53 Abs. 1 ZPO ist bedürftig, wer "ohne Beschränkung des notwendigen Lebensunterhaltes für sich und seine Familie"²⁰ die Kosten eines Prozesses nicht zu bestreiten vermag. Bedürftigkeit liegt somit vor, wenn eine Person mit eigenen Mitteln neben dem notwendigen Lebensunterhalt nicht auch noch für die Prozesskosten aufkommen kann oder wenn ihr Geld nicht einmal für den ersteren ausreicht. Was aber konkret unter dem Ausdruck "notwendiger Lebensunterhalt" zu verstehen ist, sagt das Gesetz nicht. Vielmehr ist es die Aufgabe der Praxis, diesen Begriff näher zu umschreiben.

Der Begriff "notwendiger Lebensunterhalt" entspricht nicht dem des betriebsrechtlichen Existenzminimums²¹. Die Prozessarmut liegt über dem betriebsrechtlichen Notbedarf. Andererseits kann mit dem notwendigen Lebensunterhalt auch nicht der standesgemässe Unterhalt gemeint sein²², was schon das Wort "notwendig" deutlich macht. Das Gesetz verlangt somit von einer Partei, dass sie mit dem Prozessieren gewisse finanzielle Opfer auf sich nimmt. Der notwendige Lebensunterhalt liegt demnach zwischen dem betriebsrechtlichen Zwangsbedarf und dem standesgemässen Lebensunterhalt. In einigen Kantonen wird der notwendige Lebensunterhalt auf ca. 10-15 % über dem Existenzminimum veranschlagt²³. Dem dürfte ungefähr auch die Glarner Praxis entsprechen²⁴.

18 Eichenberger 92, Leuch N. 2 zu Art. 77 ZPO, Strauli/Messmer N. 2 zu § 84 ZPO.

19 Haberthür 727, Leuch N. 2 zu Art. 77 ZPO.

20 Andere Kantone haben gleiche oder ähnliche Formulierungen, vgl. Bern ZPO 77 Abs. 1, Graubünden ZPO 56 Abs. 1, Schaffhausen ZPO 127 Abs. 1, Solothurn ZPO 106 Abs. 1, St. Gallen ZPO 156 Abs. 1.

21 Max. XI (1969) Nr. 710 = SJZ 67 (1971), 165 Nr. 77, ZR 55 Nr. 68; Haberthür 733.

22 Heuberger 21 f., Meyer 91 f.

23 BJM 1979, 102, Max. XI (1969) Nr. 710 = SJZ 67 (1971), 165 Nr. 77, SOG 1977, 18 Nr. 8, ZBJV 111 (1975), 345 ff., vgl. auch BGE 103 Ia 100 Erw. 4.

24 Vgl. OGP 23.2.1977 (Jahreseinkommen 15'000.-, kein Vermögen, vierköpfige Familie, unentgeltliche Prozessführung nur für die rechtlichen Kosten erhalten), PV 26.9.1958, 14.2.1958.

2. Kritik

Gegenwärtig bewegt sich der notwendige Lebensunterhalt knapp über dem betriebsrechtlichen Existenzminimum. Diese Praxis hält einer näheren Prüfung nicht stand. Dies vorab aus zwei Gründen.

Das betriebsrechtliche Existenzminimum hat zwei entgegengesetzte Interessen zu berücksichtigen. Zum einen soll es dem Schuldner das Notwendigste zum Leben garantieren, zum andern will es die Ansprüche der Gläubiger möglichst umfassend befriedigen. Dabei haben die Interessen der Gläubiger bis zu einem gewissen Grade Vorrang. Ein Schuldner muss sich in zumutbarer Weise einschränken, da er für seine Verpflichtungen einzustehen hat. Anders liegt jedoch die Situation bei einer mittellosen Prozesspartei. Sie strebt im Zivilprozess ein materiell gerechtes Urteil an, das eine verbindliche Rechtslage schaffen soll. Sie will also ihre Rechte durchsetzen bzw. verteidigen. Soll sich nun eine ihr Recht wahrnehmende Person in praktisch gleich einschneidender Art in ihrer Lebensweise einschränken müssen wie ein Schuldner, der für seine Verpflichtungen geradestehen muss, bevor sie überhaupt die Rechtswohltat der Unentgeltlichkeit beanspruchen kann?

Als zweites ist noch folgendes zu bedenken. Die Kosten eines Rechtsstreites belasten eine finanziell schwächere Partei um einiges mehr als eine wohlhabende, so dass zum vornherein der Arme mit dem Reichen nicht gleichgestellt ist²⁵. Den Reichen schreckt einzig ein Risiko hinsichtlich der Rechts- und Sachlage vom Prozessieren ab, während sich bei ökonomisch schwach gestellten Litiganten noch finanzielle Risiken dazugesellen. Je höher nun die finanzielle Belastung sein wird, desto mehr Gewicht erhält die finanzielle Seite eines Prozesses, so dass eine wenig begüterte Partei eher bereit sein wird, vom Prozess abzusehen. Das heisst, je tiefer man den notwendigen Lebensunterhalt ansetzt, desto mehr entfernt man sich von der angestrebten Rechtsgleichheit. Da gegenwärtig der notwendige Lebensunterhalt nur um wenig über dem Existenzminimum liegt, kann man m.E. in vielen Fällen kaum noch von Rechtsgleichheit sprechen, da an die Bedürftigkeit zu hohe Anforderungen gestellt werden. Künftig drängt es sich daher auf, die prozessuale Armut deutlich über dem betriebsrechtlichen Zwangsbedarf zu veranschlagen²⁶.

25 Eine Gleichstellung in jeder Hinsicht ist wohl nur mit dem sog. Nulltarif der Justiz erreichbar, welcher sowohl die gerichtlichen als auch aussergerichtlichen Kosten (insbesondere die Anwaltskosten) umfasst, vgl. auch Rehinder 399.

26 Rehinder (S. 409) schlägt für Deutschland eine Verdoppelung des pfändungsfreien Betrages vor.

B Kriterien zur Ermittlung der Bedürftigkeit

1. Grundlegende Aspekte

Der Richter hat sich anhand der konkreten Verhältnisse ein Bild zu machen, ob Vermögen und Einkommen des Gesuchstellers auch noch für die Prozessführung ausreichen. Massgebend sind dabei die Verhältnisse im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuches und die Mittel, über welche die arme Partei tatsächlich verfügen kann²⁷. Neben dem Einkommen, dem Vermögen und der voraussichtlichen Höhe der rechtlichen und ausserrechtlichen Kosten hat der Unparteiische auch noch andere Aspekte, wie die Grösse der Familie, Anzahl der zu unterstützenden Personen, allfällige Mietzinse, Heizungskosten, notwendige Berufsauslagen usw., zu berücksichtigen²⁸. Ob jemand mittellos ist oder nicht, kann der Richter letztlich nur aufgrund der Umstände des Einzelfalles nach seinem pflichtgemässen Ermessen beurteilen. Immerhin hat der Richter bei der Würdigung dieser Umstände einige von der Praxis herausgearbeitete Grundsätze zu beachten.

2. Grundsätze der Praxis

a) *Ausschöpfen der eigenen finanziellen Möglichkeiten*

Eine Person erhält die unentgeltliche Prozessführung erst zugesprochen, wenn sie auch nach Ausschöpfen sämtlicher eigenen finanziellen Möglichkeiten nicht für die Prozesskosten aufzukommen vermag²⁹. Ausschöpfen aller Möglichkeiten bedeutet indes nicht, dass der Unbemittelte um einen Kredit nachsuchen muss, denn dadurch würde seine finanzielle Notlage nur noch verschlimmert, was aber das Institut der unentgeltlichen Rechtspflege gerade verhindern will³⁰. Hingegen hat sich eine Person, die ein grosses, aber nicht leicht realisierbares Vermögen besitzt, um einen Kredit zu bemühen³¹.

27 BGE 104 Ia 34, 101 Ia 37, 99 Ia 442, 67 I 70.

28 Vgl. auch den "Fragebogen zur Erlangung der unentgeltlichen Prozessführung" sowie BGE 103 Ia 100 Erw. 4 und ZBJV 111 (1975), 345 ff.

29 ZR 70 Nr. 29.

30 BGE 67 I 70 Erw. 3.

31 ZR 68 Nr. 102.

b) *Bedeutung der verschuldeten Armut*

In zwei neueren Entscheiden³² musste sich das Bundesgericht mit der Frage befassen, ob eine bedürftige Person auch dann Anspruch auf die Unentgeltlichkeit habe, wenn sie an ihrer finanziellen Situation ein Verschulden treffe. Dabei kam es zu folgenden zutreffenden Ergebnissen: Dem Minderbemittelten ist unabhängig davon, ob dieser seine finanzielle Lage verschuldet hat oder nicht, die unentgeltliche Prozessführung zu erteilen. Ein Verschulden ist einzig dann bedeutsam, wenn der Gesuchsteller seine Lage absichtlich im Hinblick auf den bevorstehenden Prozess verschlimmert oder trotz vorhandener Möglichkeiten nicht verbessert hat. Dem Arbeitslosen darf die Rechtswohltat nicht mit der Begründung vorenthalten werden, in seinem angestammten Berufe seien freie Stellen vorhanden mit entsprechenden Löhnen, die es ihm erlaubten, für die Prozesskosten aufzukommen. Ob in gewissen Fällen der mittellosen Partei zugemutet werden könne, mit der Prozesseinleitung zuzuwarten, bis sie eine entsprechende Arbeitsstelle gefunden und genügend Mittel für die Prozessführung gespart habe, liess das Bundesgericht dahingestellt, betonte aber gleichzeitig, dies könne dann nicht der Fall sein, wenn die Klage innerhalb einer bestimmten Frist³³ eingereicht werden müsse oder der Gesuchsteller Beklagter³⁴ sei. Auch eine Sistierung des Prozesses, um den Bedürftigen zur Arbeitsaufnahme zu zwingen, ist nicht zulässig³⁴.

c) *Bedeutung der familiären Verhältnisse*

Von grosser Bedeutung sind die familiären Verhältnisse der um die unentgeltliche Prozessführung nachsuchenden Partei. So sind bei der Ermittlung des notwendigen Lebensunterhaltes die Bedürfnisse der Familienangehörigen in Betracht zu ziehen³⁵. Alimente und Verwandtenunterstützungsbeiträge nach Art. 328 f. ZGB, welche der Bedürftige zu entrichten hat, müssen gleichfalls berücksichtigt werden³⁶. Andererseits dürfen zum Einkommen des Gesuchstellers die effektiven Zuwendungen minderjähriger Kinder gerechnet werden, nicht aber der ganze Arbeitserwerb; eine Ausnahme lässt sich insoweit rechtfertigen, als der tatsächliche Beitrag den Aufwendungen des Petenten nicht entspricht und das Kind imstande ist, höhere Beiträge zu leisten³⁷.

Grundsätzlich darf der Richter nur auf die finanzielle Lage der die Rechtswohltat beantragenden Partei abstellen. So kommt es auf die Verhältnisse mündiger Kinder und Verwandter nicht an, da sich Unterstützungsbeiträge nach Art. 328 f.

32 BGE 104 Ia 34 Erw. 4, 99 Ia 441 Erw. 3 c.

33 BGE 104 Ia 34 Erw. 4.

34 BGE 99 Ia 443.

35 ZPO 53 Abs. 1.

36 Vgl. Erklärung 10 des Fragebogens, ZBJV 111 (1975), 346.

37 ZBJV 101 (1965), 234 sowie ZGB 276 Abs. 3, 323.

ZGB nicht auch auf den Rechtsschutz erstrecken³⁸. Ausnahmsweise sind auch die Vermögensverhältnisse eines Dritten bedeutungsvoll. Einem Bedürftigen wird die Rechtswohltat nicht zuteil, wenn sein Ehepartner imstande ist, den Prozess zu finanzieren, weil die eheliche Beistands- und Beitragspflicht gemäss Art. 159 Abs. 3 ZGB der Pflicht des Staates, der mittellosen Partei die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren, vorgeht³⁹. Dies gilt nicht nur bei der Wahrung persönlicher Rechte, sondern auch bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten⁴⁰. Ist aber der Prozesskostenvorschuss vom anderen Ehegatten tatsächlich nicht erhältlich, so steht der Erteilung der unentgeltlichen Prozessführung grundsätzlich nichts im Wege⁴¹.

Gleich wie bei der ehelichen Beistandspflicht hat das Bundesgericht in bezug auf die Beistands- und Unterstützungspflicht der Eltern gegenüber ihren minderjährigen Kindern entschieden⁴². Kürzlich hat es aber diesen Grundsatz in dem Sinne relativiert, dass der Staat in Vaterschaftsprozessen einem mittellosen Kind die Rechtswohltat ungeachtet der finanziellen Situation der Mutter gewähren muss unter Vorbehalt eines Rückerstattungsanspruches der Mutter gegenüber⁴³.

d) Weitere Fälle

Bei unbekannt abwesenden Verbeiständeten darf der Richter nur auf deren bekanntes Einkommen und Vermögen abstellen⁴⁴. In einem Haftpflichtprozess ist bei der Beurteilung der Armut die Höhe des eingeklagten Anspruches und eine bereits erfolgte Teilzahlung ausser Acht zu lassen⁴⁵.

III Fehlen von offenbar mutwilliger oder grundloser Prozessführung

Neben die bisher besprochenen positiven Voraussetzungen tritt als negatives Erfordernis das Fehlen von Grundlosigkeit oder Mutwilligkeit hinzu. Der Begriff "grundlose Prozessführung" entspricht dem Terminus "aussichtslose Prozessführung"⁴⁶, welcher in den meisten anderen Prozessordnungen zu finden ist.

38 BGE 67 I 70 Erw. 3, 64 I 5.

39 BGE 103 Ia 101, 85 I 4 Erw. 3 und dort erwähnte Entscheide.

40 BGE 85 I 4 Erw. 3.

41 ZR 72 Nr. 115, Max. XI (1970) Nr. 765.

42 BGE 67 I 69 Erw. 2, vgl. auch BGE 103 Ia 101.

43 BGE 99 Ia 435 f.

44 BGE 58 I 289 Erw. 4.

45 BGE 40 I 104 Erw. 4a; Leuch N. 2 zu Art. 77 ZPO.

46 OGE 30.4.1949, 18.8.1937.

A Grundlosigkeit

1. Bundesgerichtliche Praxis

Als aussichtslos gelten nach bundesgerichtlicher Praxis Prozessbegehren, “bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Dagegen hat ein Begehren nicht als aussichtslos zu gelten, wenn die Gewinnaussichten und die Verlustgefahren sich ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese.”⁴⁷ Diese Umschreibung des Bundesgerichtes ist insoweit bedeutsam, als das kantonale Recht nicht strengere Voraussetzungen an die Grundlosigkeit stellen darf⁴⁸. So könnte ein Kanton nicht verlangen, die Erfolgsaussichten müssten auf jeden Fall höher sein als die Verlustgefahren. Dagegen steht es den Kantonen frei, geringere Anforderungen an die Aussichtslosigkeit zu knüpfen oder überhaupt darauf zu verzichten.

2. Offenbar grundlose Prozessführung i.S. von ZPO 54 Abs. 1

Die Glarner Zivilprozessordnung enthält in Art. 54 Abs. 1 ZPO den Begriff “offenbar mutwillige oder grundlose Prozessführung”. Bedeutet der Ausdruck “offenbar”, dass das Glarner Zivilprozessrecht geringere Anforderungen stellt, dass die Grundlosigkeit in die Augen springen müsse? Die wenigen Entscheide, die gestützt auf Art. 54 Abs. 1 ZPO ergingen, lassen keine bestimmten Folgerungen zu⁴⁹.

Der Ausdruck “offenbar” umschreibt wohl den Grad⁵⁰ der Aussichtslosigkeit und zwar in dem Sinne, dass für eine Verweigerung der Unentgeltlichkeit die Verlustgefahren die Gewinnaussichten eindeutig überwiegen müssen. Andererseits kann mit “offenbar grundlos” kaum gemeint sein, der Richter dürfe die Rechtswohltat erst dann verweigern, wenn der Gesuchsteller überhaupt nicht die geringsten Erfolgsaussichten besitzt. Die ganze Schwierigkeit besteht nun darin, die Grenze zwischen noch tolerierbaren und zu grossen Verlustgefahren zu ziehen, denn die Prüfung der Aussichtslosigkeit kann lediglich in summarischer Weise⁵¹ erfolgen, darf doch der Richter nicht das Beweisverfahren vorwegnehmen. Wie schwierig das Abwägen des Prozessausganges ist, zeigen die Grundlagen, die dem erstinstanzlichen Richter für seinen Entscheid zur Verfügung stehen. Stellt ein Bedürftiger das Gesuch

47 BGE 100 Ia 113 Erw. 2a, 98 Ia 342, 95 I 415.

48 Vorne § 4 bei Anm. 6.

49 Vgl. OGP 3.9.1973, ZGE 11.6.1970.

50 A.M. Kehl, Unentgeltliche Prozessführung 17. Nach Kehl bezeichnet der Ausdruck “offenbar” nicht den Grad der Aussichtslosigkeit, sondern die Art und Weise, wie die Aussichtslosigkeit festgestellt werden soll. Es sei nur jene Aussichtslosigkeit gemeint, die ohne weiteres feststellbar sei.

51 BGE 89 I 165, 88 I 145, OGE 30.4.1949.

vor oder zu Beginn der Hauptverhandlung, so kennt der Richter die materielle Seite des Rechtsstreites praktisch noch gar nicht⁵², findet doch der ganze Prozess inklusive Beweisverfahren an einer einzigen Tagfahrt statt. Um sich ein Bild von den Gewinnaussichten machen zu können, ist der Gerichtsvorsitzende deshalb oft auf weitere Erkundigungen, wie die Einvernahme der Gegenpartei, angewiesen. Anders stellt sich die Lage dar, wenn der Unbemittelte die Rechtswohlthat für das Rechtsmittelverfahren beantragt. In diesem Falle verfügt der Obergerichtspräsident über die Akten des erstinstanzlichen Prozesses, die ihm die Prüfung der Aussichtslosigkeit bedeutend erleichtern.

Da grosse Schwierigkeiten bestehen, tolerierbare von den nicht mehr akzeptablen Verlustgefahren zu trennen, drängt es sich auf, die Rechtswohlthat nur dann zu verweigern, wenn die Aussichtslosigkeit klar auf der Hand liegt. Das heisst nicht, dass eine Verweigerung nur in Frage kommt, wenn überhaupt keine Erfolgsaussichten vorliegen, sondern diese müssen derart gering sein, dass ein Obsiegen kaum wahrscheinlich ist. Im Zweifel muss sowieso die Gewährung der Unentgeltlichkeit Vorrang haben. Auch gibt Art. 55 Abs. 1 ZPO dem Richter die Möglichkeit, die unentgeltliche Prozessführung im Laufe des Verfahrens zu entziehen, wenn später die Aussichtslosigkeit klarer zu Tage tritt.

3. Erfolgsaussichten des Beklagten

Bemüht sich der Beklagte um die Unentgeltlichkeit, so sind auch seine Prozesschancen zu untersuchen. Bei Angelegenheiten aber, die nur gerichtlich erledigt werden können, wie Ehescheidungen und Statusklagen, hat der Beklagte unabhängig von seinen Erfolgsaussichten Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung⁵³. In diesen Fällen kann der Beklagte nicht durch aussergerichtliche Anerkennung der Klage den bevorstehenden Prozess verhindern.

4. Massgebender Zeitpunkt für die Beurteilung der Erfolgsaussichten

Massgebend für die Beurteilung der Prozesschancen sind die Verhältnisse, wie sie im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuches vorliegen. Der Richter darf mit dem Entscheid nicht bis nach dem Beweisverfahren zuwarten, ansonsten "das Rechtsinstitut weitgehend seines Gehaltes entleert" würde⁵⁴.

52 Der Richter kennt höchstens den Inhalt der in der Gerichtskanzlei aufgelegten Urkunden.

53 OGE 14.11.1932; Haberthür 736, Kehl, Unentgeltliche Prozessführung 19.

54 BGE 101 Ia 37 Erw. 2, ferner BGE 104 Ia 32 Erw. 4.

5. Beispiele

Aussichtslos ist ein Rechtsbegehren beispielsweise, wenn das angerufene Gericht nicht zuständig ist⁵⁵, der Rechtsweg überhaupt nicht zulässig ist, weil das Verwaltungsverfahren Platz greift, bei fehlender Parteifähigkeit usw. Grundlosigkeit liegt auch vor, wenn es wahrscheinlich ist, dass der Prozessgegner begründete Einreden erhebt⁵⁶. Dagegen ist ein Prozess gegen drei Vaterschaftsbeklagte nicht zum vorneherein aussichtslos⁵⁷.

B Mutwilligkeit

Die Prozessführung des Gesuchstellers darf auch nicht “offenbar mutwillig” sein⁵⁸. Dieser Ausdruck bezeichnet die Art und Weise der beabsichtigten Rechtsverfolgung, das Vorgehen des Gesuchstellers, während das Wort “grundlos” die objektive Seite der Prozessführung erfasst, so wie sie von unbeteiligter Seite aus gesehen wird. Sobald Mutwilligkeit oder Grundlosigkeit vorliegt, bleibt für die unentgeltliche Rechtspflege kein Raum mehr. Meistens werden sowohl Mutwilligkeit als auch Grundlosigkeit gegeben sein, indem die arme Partei den Prozess trotz Kenntnis der Aussichtslosigkeit durchführen will. Es ist jedoch denkbar, dass der Prozess nicht aussichtslos ist, aber Mutwilligkeit vorliegt. Das wäre etwa der Fall, wenn der bedürftige Kläger eine ausdrücklich anerkannte Forderung gerichtlich durchsetzen möchte, ohne es zuerst auf dem Betreibungsweg versucht zu haben⁵⁹.

§ 6 Anwendungsbereich

I Zivilprozesse

Das Anwendungsgebiet der unentgeltlichen Prozessführung erstreckt sich auf alle zivilprozessualen Verfahren, für welche die Kostenbestimmungen der Zivilprozess-

55 ZBJV 76 (1940), 342.

56 BGE 100 Ia 118 Erw. 7 f.

57 BGE 101 Ia 38.

58 ZPO 54 Abs. 1.

59 Bergerfurth 26.

ordnung gelten¹. So kommt eine Erteilung neben dem ordentlichen Verfahren auch für die besonderen Verfahrensarten in Frage².

II *Freiwillige Gerichtsbarkeit*

Nach herrschender Ansicht³ umfasst der Anwendungsbereich der Unentgeltlichkeit auch die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Diese Auffassung ist zweifellos zutreffend, denn in diesen Fällen verlangt der Staat ebenfalls Vorschüsse und Ersatz seiner Auslagen^{4, 5}, welche wiederum geeignet sind, eine finanzielle Bedrängnis hervorzurufen, die den Minderbemittelten dazu bewegen könnte, seine Rechte nicht wahrzunehmen. Dem will das Institut der unentgeltlichen Rechtspflege vorbeugen. Bedürftige Menschen sollen ihre Rechte ebenso durchsetzen und verwirklichen können wie begüterte, unabhängig von der Art des Verfahrens, das einzuschlagen ist. Der Grundgedanke des Rechtsbehelfes der unentgeltlichen Prozessführung liegt nicht nur in der Ermöglichung von Prozessen, sondern er muss sich auf die staatliche Zivilrechtspflege schlechthin beziehen. Erst dann stehen dem Bedürftigen tatsächlich die gleichen Rechte zu wie einer finanziell gut situierten Person. Der Rechtsschutz für einen Unbemittelten ist somit erst vollkommen, wenn dieser für alle privatrechtlichen Angelegenheiten, für deren Verwirklichung er der Mitwirkung einer staatlichen Behörde bedarf, die Unentgeltlichkeit erlangen kann. Nach dem Gesagten ändert an der Zulässigkeit der kostenlosen

1 BGE 78 I 195 ("Dieser Anspruch der armen Partei auf Rechtsschutz umfasst alle Prozesshandlungen, die nicht offenbar prozessual unzulässig oder materiell aussichtslos sind; er gilt unter dieser Voraussetzung nicht bloss für die Prozessführung vor der ersten Instanz, sondern auch für die Ergreifung von Rechtsmitteln gegen das erstinstanzliche Urteil"), BGE 104 Ia 73 Erw. 1; Leuch N. 2 zu Art. 77 ZPO, Sträuli/Messmer N. 2 zu § 84 ZPO.

2 Z.B. für die Bewilligung von Rechtboten (Hauri 56 f.), für richterliche Weisungen (ZPO 53 Abs. 1, 243 Abs. 3 Ziff. 9), für das Befehlsverfahren (Brandenberg 38, Hüsey 68, Meier 60 f., a.M. Heggli 29).

3 ZR 35 Nr. 40; Eichenberger 89, Kehl, Unentgeltliche Prozessführung 4, Meyer 83 f., Sträuli/Messmer N. 2 zu § 84 ZPO; vgl. auch Heuberger 30, 100 f. Einen ablehnenden Standpunkt nimmt die Praxis im Kt. Aargau ein, vgl. Peter Rohrer, Die Fortbildung des aargauischen Zivilprozessrechtes durch die Gerichtspraxis, in Aargauische Rechtspflege im Gang der Zeit, Aarau 1969, 217; kritisch zu dieser Praxis Eichenberger 89.

4 Vgl. z.B. EG ZGB 2 Abs. 1 und 5.

5 Dass auch in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit mit hohen Kosten gerechnet werden muss, beweist ZGE 1.11./20.12.1973/24.1./25.4.1974 (Es ging um die richterliche Ehelicherklärung eines ausserehelichen Kindes). Allein die Gerichtsgebühr betrug Fr. 800.—, dazu sind noch die übrigen rechtlichen Kosten sowie die Anwaltskosten zu rechnen. Verweigert man einer bedürftigen Mutter in einem solchen Fall die Unentgeltlichkeit mit der Begründung, es handle sich um eine Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit, so hat dies unbillige Ergebnisse zur Folge. Die mittellose Mutter gerät entweder in noch grössere Not oder sie muss auf die Ehelicherklärung verzichten, so dass sie faktisch nicht die gleichen Rechte hat wie eine zahlungskräftige Mutter. Ein solches Resultat steht aber nicht im Einklang mit BV 4.

Rechtspflege im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit auch der Umstand nichts, dass in den Art. 53 ff. ZPO von "Prozessführung" und "Prozessen" die Rede ist. Die Einführungsgesetze zum ZGB und OR, wo unter anderem die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit geregelt sind, schliessen die Unentgeltlichkeit ebenfalls nicht aus. Die Praxis⁶ hat denn auch schon die unentgeltliche Rechtspflege für Verfügungen nach EG ZGB gewährt, welche allerdings das kontradiktorische Verfahren betrafen.

III Verfahren vor Schiedsgerichten

Für das Verfahren vor vertraglichen Schiedsgerichten kommt eine Gewährung der Rechtswohltat nicht in Frage⁷. Der Verzicht auf die Anrufung der staatlichen Gerichte umfasst auch die vom Staat für sein Verfahren vorgesehene Unentgeltlichkeit.

IV Schuldbetreibungsverfahren

Im Schuldbetreibungs- und Rechtsöffnungsverfahren kommt nach bundesgerichtlicher Praxis⁸ die Unentgeltlichkeit nicht in Betracht, da weder das Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz noch der dazu gehörende Gebührentarif einen diesbezüglichen Hinweis enthalten. Das Bundesgericht⁹ erachtet es ferner im Hinblick auf Art. 64 BV und Art. 68 SchKG als zweifelhaft, ob die Kantone aufgrund der Bestimmungen in ihren Zivilprozessgesetzen die Rechtswohltat gewähren können; jedenfalls wäre dafür eine der Eigenart des Betreibungsverfahrens angepasste Regelung nötig.

6 PV 27.10.1961.

7 Eichenberger 90, Leuch N. 2 zu Art. 77 ZPO, Lutz N. 2 zu Art. 156 ZPO, Sträuli/Messmer N. 2 zu § 84 ZPO.

8 BGE 85 I 138 ff., 83 III 30 Erw. 2, 55 I 366 f. Dazu kritisch Fritzsche I 114, Jacot 72 f. Vgl. dagegen die Regelung in der BRD, wo die unentgeltliche Prozessführung auch die Zwangsvollstreckung umfasst (§ 115 Abs. 1 Ziff. 3, 119 Abs. 1 der Deutschen Zivilprozessordnung), dazu Stein/Jonas/Pohle § 119 II 4.

9 BGE 85 I 140, 55 I 366 f.

V Ehrverletzungsprozesse

Seit der Revision vom 2. Mai 1965 kann eine mittellose Partei die unentgeltliche Prozessführung auch für Ehrverletzungsstreitigkeiten beanspruchen. Früher verneinte das Gesetz die Zulässigkeit der kostenlosen Prozessführung in Ehrverletzungsprozessen ausdrücklich. Der Gesetzgeber¹⁰ begründete die Änderung damit, dass die bisherige Regelung kaum mehr dem Bundesrecht¹¹ entspreche und auch der Unbemittelte seine angegriffene Ehre verteidigen können solle.

VI Prozesse gegen Sozialversicherungsanstalten

Die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege in Prozessen gegen Sozialversicherungsanstalten richtet sich nach den entsprechenden Bestimmungen der Bundesgesetze über die Kranken- und Unfallversicherung sowie über die Militärversicherung¹². Der Vorbehalt, den die Zivilprozessordnung zugunsten dieser beiden eidgenössischen Gesetze statuiert, ergibt sich, was die Minimalbedingungen der Rechtswohltat anbetrifft, aus dem Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechtes. Da ihn der Gesetzgeber ausdrücklich erwähnt, ist anzunehmen, dass die Anwendung der kantonalen Vorschriften überhaupt ausgeschlossen sein soll, auch wenn diese den Unbemittelten günstiger behandeln als die bundesrechtlichen Normen.

§ 7 Bewilligungsverfahren

I Gesuch

A Form und Inhalt

Nach Art. 53 Abs. 1 ZPO hat der Bedürftige "auf Verlangen" Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung. Wer auf Staatskosten prozessieren will, muss sich demnach selbst um die Gewährung bemühen. Da der Gesetzgeber von besonderen Formvorschriften abgesehen hat, kann das Begehren mündlich oder schriftlich gestellt werden¹. Zusätzlich ist dem Gesuch noch eine Bescheinigung des Gemeinderates

¹⁰ Becker 25, Landsgemeindememorial 1965, 55.

¹¹ Vgl. BGE 62 I 3 Erw. 2.

¹² ZPO 57; vgl. KUVG 121 Abs. 1, MVG 56 Abs. 1 lit. a und d. Man beachte auch Art. 14 des Vollziehungsgesetzes zum KUVG vom 13. März 1964 (GS VIII D/21/1): Gegen abweisende Unentgeltlichkeitsentscheide des Zivilgerichtspräsidenten ist die Beschwerde an das eidgenössische Versicherungsgericht innert dreissig Tagen seit Zustellung des Entscheides zulässig.

¹ ZPO 53 Abs. 1 ("hat auf Verlangen"). Nach BGE 61 I 235 dürfen an ein Gesuch um Unentgeltlichkeit keine Anforderungen gestellt werden, die nicht durch höhere schutzwürdige

der Heimat- oder Wohngemeinde beizulegen². Nach der Praxis reicht aber für die Unterbrechung der Frist zur Vorschussleistung das Gesuch allein aus, wenn innert tunlicher Frist die gemeinderätliche Bescheinigung beigebracht wird³. Diese besteht aus dem "Fragebogen zur Erlangung der unentgeltlichen Prozessführung"⁴, der vollständig ausgefüllt dem zuständigen Gemeinderat einzureichen ist, damit die Angaben überprüft werden können. Neben der erschöpfenden Auskunft über die finanziellen Verhältnisse hat der Gesuchsteller, falls es der zuständige Richter für notwendig hält, nähere Angaben über den Rechtsstreit unter Bekanntgabe der Beweismittel zu machen, damit sich der Richter über die Erfolgsaussichten Klarheit verschaffen kann.

B Zeitpunkt

Die Glarner Zivilprozessordnung enthält keine Vorschrift, welche für die Einreichung des Gesuches ausdrücklich einen bestimmten Zeitpunkt festlegt. Aus Art. 55 Abs. 2 ZPO ergibt sich wohl, dass das Gesuch irgendwann zu Beginn des Prozesses eingereicht werden sollte, weil nach dem Wortlaut dieses Absatzes die unentgeltliche Prozessführung nur dann nachträglich verlangt werden kann, wenn die Voraussetzungen erst während des Prozesses eingetreten sind⁵.

Nach ständiger Praxis⁶ kann eine bedürftige Partei das Gesuch jedoch jederzeit während des Verfahrens stellen, auch wenn die Voraussetzungen bereits bei Einleitung des Prozesses vorgelegen haben⁷. Zu Recht hält sich die Praxis nicht an den allzu formalistischen Wortlaut von Art. 55 Abs. 2 ZPO. Für den Staat bestehen denn auch keine schutzwürdigen Interessen, welche ein frühzeitiges Gesuch als angebracht erscheinen lassen. Der Staat fährt im Gegenteil günstiger, da andernfalls die Parteien davon absehen, selbst oder mit fremder Hilfe für die Prozesskosten aufzukommen, und vorsorglich die Unentgeltlichkeit beantragen. Zudem lassen sich später die Prozessaussichten besser abschätzen. Nicht zuletzt würden diejenigen Parteien am meisten bestraft, die vorerst den Prozess aus eigener Kraft zu finanzieren versucht und das Gesuch deswegen erst später gestellt haben. Eine allzu wört-

Interessen des Staates bzw. der Gegenpartei oder durch die Prozessdisziplin gerechtfertigt sind.

² ZPO 53 Abs. 1.

³ OGE 20.6.1977, ZGE 20.1.1972.

⁴ Dieser Fragebogen ist auf der Gerichtskanzlei oder bei den Anwälten erhältlich.

⁵ Im Entscheid 60 I 183 liess das Bundesgericht die Frage offen, ob eine solche Vorschrift vor BV 4 standzuhalten vermag. Nach Guggenheim 81 f. ist dieser Artikel dem Wortlaute nach verfassungswidrig.

⁶ Vgl. ZGE 5.5.1977, 9.5.1974, 19.1.1961, 1.11.1956, 10.11.1955, 14.12.1944.

⁷ Ebenso die Praxis im Kt. Aargau zum inhaltlich mit der Glarner Vorschrift übereinstimmenden § 62 Abs. 2 1. Satz Aargau ZPO, vgl. Peter Rohrer, Die Fortbildung des aargauischen Zivilprozessrechtes durch die Gerichtspraxis, in Aargauische Rechtspflege im Gang der Zeit, Aarau 1969, 217 f.

liche Anwendung von Art. 55 Abs. 2 ZPO lässt sich nach dem Gesagten mit Art. 4 BV nicht vereinbaren.

Wie bereits erwähnt, ist nach der gegenwärtigen Praxis das Gesuch in jedem Zeitpunkt des Verfahrens zulässig, d.h. bis zur Urteilsfällung⁸. Selbst vor dem Eintritt der Rechtshängigkeit hat die Praxis schon die unentgeltliche Prozessführung erteilt⁹. Der Unbemittelte kann das Gesuch auch erstmals im Rechtsmittelverfahren anbringen und zwar unabhängig davon, ob er die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens bezahlt hat oder nicht¹⁰. Da sich aber die Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung jeweils nur auf eine Instanz erstreckt¹¹, ändert sich an der Pflicht zur Zahlung der erstinstanzlichen Kosten nichts. Sofern eine minderbemittelte Partei die Frist zur Leistung des Kostenvorschusses versäumt und das Gericht den Prozesserledigungsbeschluss noch nicht gefasst hat, bewirkt ein nachträgliches Gesuch um Erteilung der Rechtswohltat, dass der Richter die vom Gesetz angedrohten Versäumnisfolgen nicht aussprechen darf, sondern gegebenenfalls die Unentgeltlichkeit erteilen und den Prozess weiterführen muss¹².

Erhält eine Person nachträglich die Rechtswohltat zugesprochen, so stellt sich die Frage, ob der Gewährung rückwirkende Kraft zukommt oder nicht. Gemäss Art. 55 Abs. 2 ZPO wird die unentgeltliche Prozessführung "rückwirkend auf den Beginn des Prozesses" erteilt, wenn die Voraussetzungen erst während des Prozesses eintreten. Das bedeutet, dass dem Antragsteller bereits bezahlte Vorschüsse und Kosten zurückerstattet werden müssen. Da aber die Praxis ein Gesuch voraussetzungslos in jedem Stadium des Verfahrens zulässt, ist die Rückwirkung auch dann anzunehmen, wenn die Voraussetzungen bereits zu Beginn der gerichtlichen Auseinandersetzung vorgelegen haben¹³. Die Rückerstattung bereits geleisteter Zahlungen drängt sich auf, sofern diese den Gesuchsteller in seinem notwendigen Lebensunterhalt eingeschränkt haben. Angesichts der Tatsache, dass der Staat kein Interesse an frühzeitigen Gesuchen haben kann, darf ein Bedürftiger nicht schlechter gestellt werden, wenn er die Unentgeltlichkeit erst gegen Ende des Verfahrens beantragt.

8 Vgl. ZGE 5.5.1977, 9.5.1974, 19.1.1961, 14.12.1944.

9 Vgl. ZGE 30.1.1975.

10 BGE 60 I 185 f.

11 Hinten § 8 II A bei Anm. 7.

12 Unveröffentlichter Entscheid des Bundesgerichtes vom 14.3.1956 i.S. Eigeldinger c. Justizkommission Zug, z.T. abgedruckt im Rechenschaftsbericht des Obergerichtes Zug für die Jahre 1955/56, 59 f., ZBJV 96 (1960), 160 ff.; Rainer Isler, Die Kautionspflicht im schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss. Zürich 1967, 68.

13 Gemäss den Aussagen des Gerichtskassiers wird dies in der Praxis so gehandhabt.

C Wirkungen des Gesuches

Nach Art. 27 Abs. 3 ZPO kommt einem Gesuch um Unentgeltlichkeit aufschiebende Wirkung zu. Der Antragsteller muss den angesetzten Kostenvorschuss nicht leisten, bis der Richter über das Begehren entschieden hat. Bei Ablehnung des Gesuches beginnt die unterbrochene Frist von neuem¹⁴. Weitere Wirkungen hat das Gesuch nicht. Insbesondere ist es völlig unabhängig von der Klage. Mit der Einreichung des Gesuches wird der Prozess nicht streitanhängig¹⁵, auch ist damit keine Anerkennung des Gerichtsstandes verbunden¹⁶. Ebenso bewirkt der Rückzug des Antrages keinen Klagerückzug¹⁷. Auch auf die bundesrechtlichen Verjährungs- und Verwirkungsfristen bleibt das Gesuch ohne Einfluss¹⁸.

II Zuständige Instanz

A Für Angelegenheiten vor Glarner Gerichten

Der Präsident des für den Prozess zuständigen Gerichtes entscheidet über die Erteilung der Rechtswohltat¹⁹. Für das einzelrichterliche Verfahren, für das Verfahren vor der Zivilgerichtskommission und dem Zivilgericht liegt der Entscheid beim Zivilgerichtspräsidenten, für Prozesse vor dem Augenscheingericht bei dessen Präsidenten. Der Obergerichtspräsident erteilt die unentgeltliche Prozessführung für das erstinstanzliche oder Rechtsmittelverfahren vor der Obergerichtskommission und dem Obergericht. Bei Ehrverletzungsprozessen ist der Vorsitzende des Polizeigerichtes zuständig²⁰.

14 ZPO 27 Abs. 3; OGE 20.6.1977 ("Nach geltender Praxis wird die Frist unterbrochen, wenn die unentgeltliche Prozessführung verlangt wird und innert tunlicher Frist die betreffenden Unterlagen beigebracht werden. Bei Ablehnung des Gesuches wird nochmals eine Frist gesetzt").

15 ZPO 51; BGE 49 II 321, 46 II 92, ZBJV 105 (1969), 158.

16 BGE 35 I 69 f.

17 ZBJV 105 (1969), 158.

18 BGE 46 II 92, ZBJV 94 (1958), 243.

19 ZPO 54 Abs. 2.

20 Vgl. StPO 202 Abs. 1.

B Für Prozesse vor dem Bundesgericht²¹

Wer den Entscheid einer Glarner Instanz an das Bundesgericht weiterziehen will, muss für dessen Verfahren die unentgeltliche Prozessführung beim Bundesgericht beantragen²². Die vom kantonalen Gericht erteilte Rechtswohltat umfasst immerhin noch die Rechtsmittelerklärung an das Bundesgericht und den dort zu stellenden Antrag auf Unentgeltlichkeit²³. Auch im bundesgerichtlichen Verfahren ist ein Gesuch erforderlich; es kann bis zur Urteilsfällung eingereicht werden²⁴.

III Verfahren

Das Verfahren betreffend Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung ist der Natur nach ein Administrativverfahren²⁵, obwohl es im Kt. Glarus vor einer Gerichtsbehörde²⁶ stattfindet. In diesem Verfahren geht es um die Erteilung einer staatlichen Sozialleistung. Als Parteien stehen sich der Antragsteller und der Staat gegenüber. Da die Offizialmaxime²⁷ zur Anwendung gelangt, darf der Richter nicht allein auf das Vorbringen des Minderbemittelten abstellen, sondern er hat sich von der Wahrheit der vorliegenden Angaben zu überzeugen und gegebenenfalls von sich aus weitere Abklärungen zu treffen²⁸. Inwieweit diesem Zwecke auch die persönliche Einvernahme des Bedürftigen dient, liegt im Ermessen des Richters.

IV Stellung der Gegenpartei

Im Bewilligungsverfahren entscheidet der Richter über die Gewährung einer staatlichen Sozialleistung. Der Bedürftige macht gegen den Staat seinen Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung geltend. Als Parteien treten in diesem Administrativverfahren der Minderbemittelte einerseits und der Staat andererseits auf. Dem

21 Vgl. OG 152. In Fällen der Prorogation wird die unentgeltliche Rechtspflege nicht gewährt, OG 152 Abs. 1.

22 OG 152 Abs. 1.

23 Leuch N. 8 zu Art. 77 ZPO.

24 BGE 94 IV 135.

25 BGE 35 I 602, ZBJV 110 (1974), 107 f., 105 (1969), 157, 93 (1957), 123, ZR 55 Nr. 106.

26 In einzelnen Kantonen fällt denn auch die Erteilung der unentgeltlichen Prozessführung in die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden, vgl. Appenzell A.Rh. ZPO 83, Appenzell I.Rh. ZPO 101, Graubünden ZPO 59–61, St. Gallen ZPO 157, 159.

27 ZBJV 92 (1956), 357; Eichenberger 97, Kehl, Unentgeltliche Prozessführung 23.

28 BGE 104 Ia 326 Erw. 2b, OGE 30.4.1949, 18.8.1937, 14.11.1932, 25.4.1924. Der Gesuchsteller hat seine Mittellosigkeit lediglich glaubhaft zu machen, BGE 104 Ia 326 Erw. 2b.

Prozessgegner des Gesuchstellers kommt keine Parteistellung zu; er hat infolgedessen keinen Anspruch auf rechtliches Gehör^{29, 30}.

Der Ausgang des Verfahrens ist aber für die Gegenpartei insoweit von Interesse, als sie gestützt auf Art. 27 Abs. 1 ZPO die Hinterlegung eines Vorschusses für die ausserrechtlichen Kosten beantragt hat³¹. Wird das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung abgewiesen, so bleibt ihr Antrag davon unberührt; falls es jedoch gutgeheissen wird, braucht die arme Partei keine Sicherheit mehr für die ausserrechtlichen Kosten zu leisten³². Der Entscheid des Richters benachteiligt den Prozessgegner aber lediglich dann, wenn sich die unentgeltliche Prozessführung auf die rechtlichen Kosten erstreckt. In diesem Falle besteht für die ausserrechtliche Entschädigung der Gegenpartei keine ausreichende Sicherheit. Wenn die Gewährung der Rechtswohltat aber sämtliche oder nur die ausserrechtlichen Kosten umfasst, ist der Prozessgegner sogar bessergestellt. Sollte er nämlich im Prozess obsiegen, so erstattet ihm der zahlungskräftige Staat die ausserrechtliche Entschädigung³³.

Das Verfahren berührt den Prozessgegner demnach nur dann, wenn dieser ein Begehren um Vorschussleistung für die ausserrechtliche Entschädigung gestellt hat oder stellen wollte und der Richter die Rechtswohltat nur für die rechtlichen Kosten bewilligt³⁴. Aber auch in diesem speziellen Fall ist der Gesuchsgegner nicht als Partei anzusehen, da es sich um eine Angelegenheit zwischen dem Bedürftigen und dem Staat handelt³⁵. Ob der Prozessgegner mit der Erteilung einverstanden ist oder nicht, hat auf den Entscheid des Richters keinen Einfluss. Hingegen ist die Gegenpartei in diesem besonderen Fall zur Nichtigkeitsbeschwerde legitimiert, da sie ein schutzwürdiges Interesse an einer Verweigerung oder Gewährung für sämtliche bzw. für die ausserrechtlichen Kosten nachweisen kann³⁶.

29 OGE 30.4.1949 (Gegenpartei hat kein "Mitspracherecht"), ZBJV 110 (1974), 108, 105 (1969), 158; Lutz N. 1 zu Art. 157 ZPO.

30 Einige Kantone (z.B. Schaffhausen ZPO 128 Abs. 1, Schwyz ZPO 74 Abs. 2, Thurgau ZPO 103 Abs. 3, Zürich ZPO 84 Abs. 2) kennen die fakultative Anhörung des Gesuchsgegners, andere (z.B. Basel-Stadt ZPO 173 Abs. 1, Zug ZPO 47 Abs. 2) schreiben sie zwingend vor.

31 Für Kläger und Widerkläger besteht gemäss ZPO 27 Abs. 1 nur in besonderen Fällen eine Vorschusspflicht für die gegnerische ausserrechtliche Entschädigung. Mit besonderen Fällen sind vor allem umfangreiche Prozesse und Verfahren mit ausländischen Parteien gemeint, Becker 15.

32 Hinten § 8 II B 2.

33 ZPO 53 Abs. 2, 1. Satz.

34 Rechtlich unerheblich ist das Interesse der Gegenpartei an einer vollumfänglichen Ablehnung des Gesuches, damit der Minderbemittelte vom Prozess Abstand nehme.

35 A.M. Guldener, Supplement II 82, welcher der Gegenpartei dann einen Anspruch auf rechtliches Gehör zubilligt, wenn diese die Sicherung ihrer Kosten verlangt hat.

36 Nach OGE 30.4.1949 ist die Gegenpartei des Bedürftigen zur Nichtigkeitsbeschwerde legitimiert, wenn sie "ein rechtlich durchaus begründetes Interesse" geltend machen kann. Auch nach der Zürcher Praxis ist der Gesuchsgegner in diesem besonderen Fall beschwert, ZR 71 Nr. 78, 55 Nr. 106, Sträuli/Messmer N. 9 zu § 84 und § 282 ZPO.

Auch wenn der Prozessgegner nicht als Partei auftritt, muss es zulässig sein, dass der Richter ihn anhört, um sich ein besseres Bild über die Bedürftigkeit oder die Erfolgsaussichten zu verschaffen. Der Richter ist nicht nur zur Prüfung des Armutszeugnisses, sondern auch zu weiteren Erkundigungen befugt. Darunter fällt auch die Befragung der Gegenpartei. Der Antragsteller verlangt vom Staat finanzielle Hilfe, und der Staat seinerseits hat alles Interesse daran, dass die Rechtswohltat nur denen zuteil wird, die sie auch wirklich benötigen.

V Anspruch auf die Rechtswohltat

Im Bewilligungsverfahren erfolgt die Überprüfung der formellen und materiellen Voraussetzungen der Rechtswohltat. Massgebend sind dabei die Verhältnisse, wie sie im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuches bestehen³⁷. Der Richter darf mit der Erteilung nicht bis nach dem Beweisverfahren warten, sondern er hat sofort über das Gesuch zu entscheiden³⁸. Stellt er fest, dass alle Voraussetzungen vorhanden sind, so muss er dem Bedürftigen die unentgeltliche Prozessführung bewilligen. Der Unbemittelte hat von Gesetzes wegen Anspruch auf die Rechtswohltat³⁹. Die unentgeltliche Prozessführung ist denn auch eines der wenigen sozialen Grundrechte, die dem Minderbemittelten einen Anspruch auf positive Leistung des Staates geben⁴⁰.

§ 8 Umfang der unentgeltlichen Prozessführung

I Umfang des Anspruches gestützt auf Art. 4 BV

Der bundesrechtliche Anspruch gemäss Art. 4 BV befreit den Bedürftigen von der Hinterlegung und Sicherstellung irgendwelcher Kosten und gewährt ihm die Ernennung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes, wenn ein solcher zur gehörigen Wahrung seiner Interessen erforderlich ist; der Anspruch umfasst alle Prozesshandlungen, die nicht offenbar prozessual unzulässig oder materiell aussichtslos sind¹. Ob der Minderbemittelte eines kostenlosen Anwaltes bedarf, hängt nach der bundesgerichtlichen Praxis davon ab, "wie leicht die sich im Prozess stellenden Fragen zu beantworten sind, ob die gesuchstellende Partei selbst rechtskundig ist – wobei

37 BGE 101 Ia 37, 99 Ia 442.

38 BGE 101 Ia 38.

39 ZPO 53 Abs. 1.

40 Aubert II 630 N. 1751, Jörg P. Müller, Soziale Grundrechte in der Verfassung?, ZSR 92 (1973) II 842.

1 Statt vieler BGE 104 Ia 73 Erw. 1, 100 Ia 113 Erw. 2a; es besteht selbstredend auch keine Vorschusspflicht für alle notwendigen Beweise, BGE 91 I 162 f., 62 I 2 Erw. 1, 57 I 349.

unter Umständen selbst bei Rechtskundigkeit ein Anspruch nicht ausgeschlossen werden kann – und ob sich die Gegenpartei ihrerseits von einem Anwalt vertreten lässt. Weiter ist auch die Tragweite des Entscheides von Bedeutung; dabei ist eine gewisse Zurückhaltung am Platz, wo es ausschliesslich oder vorwiegend um finanzielle Interessen geht². Die Beiordnung eines Offizialanwaltes in Verfahren unter der Offizialmaxime ist deshalb nicht von vorneherein ausgeschlossen, da die Offizialmaxime die Parteien nicht von der Sammlung des Prozessstoffes entbindet.

Der aus Art. 4 BV fließende Anspruch befreit dagegen den Begünstigten nicht von der Zahlung der Gerichts- und Parteikosten; dies ist lediglich aufgrund der kantonalen Rechte möglich³.

Mit seiner Rechtsprechung zu Art. 4 BV legt das Bundesgericht den Mindestumfang der unentgeltlichen Rechtspflege fest, den alle Kantone in ihrem gerichtlichen Verfahren zu respektieren haben⁴. Die Kantone dürfen an die Bewilligung und das Ausmass der Rechtswohltat keine strengeren Anforderungen knüpfen, sie können jedoch in ihren Zivilprozessgesetzen eine grosszügigere Regelung vorsehen.

II *Umfang des Anspruches gemäss Art. 53 ZPO*

A Allgemeines

Im glarnerischen Zivilprozessrecht ist der Grundsatz der Unteilbarkeit der unentgeltlichen Prozessführung nicht mehr konsequent durchgeführt. Die Gewährung der Rechtswohltat hängt nicht mehr zwingend mit der Bestellung eines kostenlosen Rechtsbeistandes zusammen, da sie sich auch lediglich auf die rechtlichen Kosten erstrecken kann⁵. Nach Art. 53 Abs. 1 ZPO umfasst die unentgeltliche Prozessführung entweder sämtliche oder auch nur die rechtlichen oder ausserrechtlichen Kosten. Nach der Praxis ist selbst nur für einen Teil der rechtlichen Kosten die Rechtswohltat möglich⁶. Der Richter kann so den Umfang der Unentgeltlichkeit dem Ausmass der Bedürftigkeit anpassen. Die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege gilt jeweils nur für eine bestimmte Person, für das Verfahren vor einer Instanz sowie für einen ganz konkreten Prozess. Für das Rechtsmittelverfahren⁷ oder einen andern Prozess⁸ ist ein neues Gesuch erforderlich.

2 BGE 104 Ia 77 Erw. 3c.

3 BGE 99 Ia 439 Erw. 2, 97 I 630 Erw. 4 und dort erwähnte Entscheide.

4 BGE 103 Ia 3, 57 I 346 f.; Aubert II 653 N. 1814.

5 Die §§ 48 Abs. 1 und 50 Abs. 3 der ZPO von 1930 enthielten noch den Grundsatz der Unteilbarkeit, doch führte die Praxis im Laufe der Zeit die Teilbarkeit der unentgeltlichen Prozessführung ein, vgl. Becker 24.

6 ZGE 27.6.1974, 8.2.1973.

7 ZPO 54 Abs. 2; OGP 8.2.1978, 23.2.1977.

8 ZPO 53 Abs. 1 ("Kosten eines Prozesses"); Heuberger 91, Kehl, Unentgeltliche Prozessführung 10.

Der Anspruch aufgrund des Glarner Zivilprozessgesetzes geht wesentlich weiter als der bundesrechtliche nach Art. 4 BV. Während dieser die arme Partei nicht von der Zahlung der Gerichts- und Parteikosten befreit, sondern im Bedarfsfalle lediglich einen kostenlosen Anwalt vorsieht, umfasst nach Art. 53 ZPO die unentgeltliche Prozessführung bei ganz bedürftigen Parteien neben einem unentgeltlichen Rechtsbeistand auch die Gerichtskosten und ausserrechtliche Entschädigung, so dass diese Kosten nicht bezahlt werden müssen. Der Staat übernimmt die Gerichtskosten der minderbemittelten Partei und entschädigt zudem deren Anwalt und die Gegenpartei⁹. Dafür fällt dem Staat eine ausserrechtliche Entschädigung zu, welche allenfalls dem Bedürftigen zugesprochen wird¹⁰. Allerdings erlässt der Staat dem Unbemittelten die Kosten nicht endgültig, sondern er stundet sie lediglich. Verbessert sich die finanzielle Lage der armen Partei, so kann der Staat seine Auslagen nachträglich zurückfordern¹¹.

B Die einzelnen Wirkungen

1. Wegfall der Vorschusspflicht

Im Glarner Zivilprozess ist jeder Kläger und Widerkläger vorschusspflichtig¹². Ebenso müssen Beklagter und Widerbeklagter diejenigen Kosten vorschüssen, die sie einseitig durch ihre Vorkehrungen verursachen¹³. Die Bewilligung der Rechtswohltat befreit nun den Begünstigten von der Zahlung irgendwelcher Vorschüsse¹⁴.

2. Kein Sicherstellen der gegnerischen Kosten

In besonderen Fällen müssen Kläger und Widerkläger auf Antrag hin auch einen Vorschuss für die ausserrechtlichen Kosten des Prozesswidersachers entrichten¹⁵. Diese Sicherstellungspflicht fällt mit der Erteilung der unentgeltlichen Rechtspflege ebenfalls dahin¹⁶.

9 ZPO 53 Abs. 2; ZGE 23.11.1972, 9.11.1972.

10 ZPO 53 Abs. 2.

11 ZPO 56 Abs. 1.

12 ZPO 27 Abs. 1.

13 ZPO 27 Abs. 5.

14 Vgl. auch ZGE 9.8.1973, 25.1.1973.

15 ZPO 27 Abs. 1.

16 BGE 91 II 252, 61 I 101 ff.

3. Kein Entrichten von Einschreibegebühren

Wer ein Rechtsmittel einlegt, muss gleichzeitig eine Einschreibegebühr einzahlen¹⁷. Bei der unentgeltlichen Prozessführung entfällt auch diese Pflicht.

4. Einstweiliger Erlass der rechtlichen Kosten¹⁸

Gemäss Art. 243 Abs. 3 ZPO fallen unter die rechtlichen Kosten:

1. die Kosten der Vermittlung;
2. die Kosten gerichtlicher Kommissionen, des Präsidenten und einzelner Richter;
3. die Kosten Sachverständiger;
4. die Entschädigungen für die einvernommenen Zeugen;
5. die Kosten der durch den Gerichtspräsidenten einvernommenen Zeugen im Lande sowie der auswärts verhörten Zeugen (Art. 110);
6. die Gerichtsgebühren mit Einschluss der Kosten für das Ansagen und Vorladen, für Ediktalladung und Ausfertigung;
7. die Anwaltsgebühren¹⁹;
8. die Entschädigung der Unparteiischen bei ihren in diesem Gesetz vorgesehenen Verrichtungen²⁰ oder die für die Bestellungen ausgelegten Postgebühren;
9. die Kosten für richterliche Weisungen und Urteile sowie für die Hinterlegung der Urkunden;
10. die Kosten für Vervielfältigungen und Übersetzungen von Prozessakten oder Gutachten von Sachverständigen;
11. die Kosten eines Zwischenverfahrens²¹, welche zum Prozess geschlagen wurden.

Alle diese Kosten werden der mittellosen Partei erlassen, wenn diese die unentgeltliche Prozessführung für sämtliche oder für die rechtlichen Kosten erwirkt. Stellt eine Partei das Gesuch erst nach der Vermittlung, was meistens der Fall ist, so hat sie oft schon die Vermittlungsgebühren bezahlt²². Der Staat muss diese Auslagen der armen Partei zurückerstatten, da bei den rechtlichen Kosten die Kosten der Vermittlung ausdrücklich aufgeführt sind.

17 ZPO 303 Abs. 4, 324 Abs. 1, 339.

18 Vgl. dazu auch GO 34–38 und den Gebührentarif vom 20.12.1965 (GS III C/3).

19 Näheres in Art. 8 des Gebührentarifs. Die Rechtswohltat nur für die rechtlichen Kosten umfasst immer auch einen Teil der Anwaltskosten (nämlich die Anwaltsgebühren für die Vertretung vor Gericht), auch wenn sonst damit keine Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes verbunden ist.

20 Vgl. ZPO 59, 60 Abs. 1.

21 Vgl. PV 4./17.2.1972.

22 Vgl. Art. 3 der Vermittlerämter-Instruktion.

5. Einstweilige Befreiung von den ausserrechtlichen Kosten

Alle Kosten, die in Art. 243 Abs. 3 ZPO nicht erwähnt sind, fallen unter die ausserrechtlichen Kosten²³. Diese umfassen alle Auslagen, welche den Parteien neben den rechtlichen Kosten unmittelbar durch den Prozess entstanden²⁴ sind, wie beispielsweise Anwaltskosten, Reiseauslagen, Kosten für Zeitversäumnisse etc. Nach Art. 246 Abs. 1 ZPO ist die unterliegende Partei verpflichtet, den obsiegenden Gegner angemessen zu entschädigen²⁵. Die Bewilligung der Rechtswohltat für sämtliche oder für die ausserrechtlichen Kosten erfasst nun neben den Kosten des unentgeltlichen Rechtsbeistandes auch noch die dem Gegner unter Umständen zu entrichtende Entschädigung²⁶. Sollte der Minderbemittelte den Prozess gewinnen, so fällt die ihm zugesprochene ausserrechtliche Entschädigung dem Staate zu, da dieser für die Kosten des Anwaltes aufkommen muss²⁷.

III Vergleich mit anderen Kantonen

Ein Vergleich mit anderen Kantonen zeigt, dass die Glarner Zivilprozessordnung eine grosszügige und soziale Regelung aufweist. Die meisten der untersuchten Kantone befreien die arme Partei lediglich von der Zahlung der Gerichtskosten²⁸. Neben Glarus sehen nur noch wenige kantonale Zivilprozessgesetze auch die Übernahme der dem Gegner zu entrichtenden ausserrechtlichen Kosten durch den Staat vor²⁹. Die Kosten werden wie im Kt. Glarus von praktisch allen Kantonen lediglich gestundet³⁰. Einzig Basel-Land und Basel-Stadt erlassen die Kosten endgültig³¹.

23 ZPO 244.

24 ZPO 246 Abs. 1.

25 Vgl. dazu auch vorne § 3 Anm. 162.

26 ZPO 53 in Verb. mit 246; ZGE 21.6.1973, 23.11.1972, 9.11.1972. Vgl. auch den Bericht der landrätlichen Spezial-Kommission vom 27.8.1894 für die Begutachtung des Entwurfes des Regierungsrates betreffend eine Civilprozessordnung für den Kanton Glarus, S. 8: "Wir können uns keinen zutreffenden Grund dafür denken, dass eine Partei, welche einen Gegner hat, dem das Armenrecht bewilligt worden ist, gegenüber dem Staate nur das Recht auf den Ersatz der rechtlichen, nicht aber auch der ausserrechtlichen Kosten habe, sobald ihr solche vom Richter zuerkannt worden sind".

27 ZPO 53 Abs. 2; ZGE 9.8.1973, 6.9.1973, 22.4.1971.

28 Aargau ZPO 64, 65, Appenzell A.Rh. ZPO 79 Abs. 1, 81 Abs. 2, Appenzell I.Rh. ZPO 99 Abs. 1, 100 Abs. 4, Basel-Land ZPO 72, Graubünden ZPO 58, Obwalden ZPO 101, 104 Abs. 2, Schwyz ZPO 75, St. Gallen ZPO 160, 163 Abs. 1, Thurgau ZPO 104, 108 Abs. 2, Zürich ZPO 85; vgl. auch OG 152, 153.

29 Schaffhausen ZPO 130, 108 Ziff. 1–3, Solothurn ZPO 109, 112 Abs. 2.

30 Aargau ZPO 72, Appenzell A.Rh. ZPO 82, Appenzell I.Rh. ZPO 100 Abs. 2, Basel-Land ZPO 76 (nur für Anwaltskosten), Graubünden ZPO 58, Obwalden ZPO 106, Schaffhausen ZPO 135, Solothurn ZPO 114, Schwyz ZPO 81, St. Gallen ZPO 163 Abs. 2, Thurgau ZPO 108 Abs. 1, Zug ZPO 49 Abs. 2, Zürich ZPO 92, vgl. auch OG 152 Abs. 3.

31 In Basel-Stadt fehlt die für eine Rückerstattungspflicht notwendige Vorschrift, Habershür 750. Basel-Land ZPO 72, 76 erlässt die gerichtlichen Kosten endgültig, nicht hingegen das

Dass die Kantone umfangmässig wesentlich weiter gehen, als dies aufgrund des bundesrechtlichen Anspruchs nach Art. 4 BV der Fall ist, ist mehr als gerechtfertigt. Der Unbemittelte wird nicht bloss durch die Pflicht zur Vorschussleistung vom Prozessieren abgeschreckt, sondern vor allem durch die zum Teil hohen Kosten, welche ein Gerichtsverfahren mit sich bringen kann und die letztlich eine oder beide Parteien tragen müssen.

§ 9 *Der unentgeltliche Rechtsbeistand¹ im besonderen*

I Anspruch des Bedürftigen auf unentgeltliche Verbeiständung

Der Rechtsschutz für die mittellose Partei ist erst dann vollkommen, wenn ihr neben dem Erlass der Gerichtskosten auch noch unentgeltlich ein Anwalt zuteil wird. Der aus Art. 4 BV fliessende Anspruch umfasst denn auch noch die kostenlose Beigabe eines Rechtsbeistandes, allerdings nur unter der Voraussetzung, dass der Bedürftige eines solchen zur gehörigen Wahrung seiner Rechte bedarf². Weiter geht die Regelung der Glarner Zivilprozessordnung, die dem Unbemittelten unabhängig von der rechtlichen Schwierigkeit des Streitfalles Anspruch auf einen kostenlosen Rechtsvertreter einräumt³. Der Ausdruck "nötigenfalls" in Art. 54 Abs. 2 ZPO darf nicht zur Annahme verleiten, die arme Person habe lediglich dann Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand, wenn ein solcher für ihre Verteidigung erforderlich ist. Die Wendung "nötigenfalls" bezieht sich nur auf Fälle, bei denen der Gesuchsteller noch keinen Vertreter beigezogen hat und der Richter daher erst noch den Anwalt bezeichnen muss⁴. Hat nämlich der Anwalt das Gesuch eingereicht, so ist es nicht mehr nötig, ihn extra mit der Führung des Prozesses zu beauftragen.

Anwalts honorar. Der Erlass der Kosten steht aber unter dem Vorbehalt, dass die bedürftige Partei nicht durch Urteil oder Vergleich soviel zugesprochen erhält, um ihr allfällig obliegende Kosten bestreiten zu können, Basel-Land ZPO 72 Abs. 1, Basel-Stadt ZPO 174.

¹ Vgl. dazu W. Salzmann, Das besondere Rechtsverhältnis zwischen Anwalt und Rechtsstaat, Diss. Freiburg 1976, insbes. 302 ff. und P. Wegmann, Die Berufspflichten des Rechtsanwaltes unter besonderer Berücksichtigung des zürcherischen Rechts, Diss. Zürich 1969, insbes. 112 ff.

² BGE 104 Ia 32 Erw. 2, 100 Ia 113 Erw. 2a, 99 Ia 432.

³ Dieser Grundsatz ist seit 1895 im Gesetz enthalten, vgl. § 46 Abs. 1 und § 48 Abs. 3 der ZPO vom 5.5.1895 sowie § 48 Abs. 1 und § 50 Abs. 3 der ZPO vom 4.5.1930. Die heutige Zivilprozessordnung legt nirgends fest, dass ein Anwalt bloss dann erteilt wird, wenn der Bedürftige einen solchen für die Wahrung seiner Interessen benötigt, vgl. ZPO 53 in Verb. mit ZPO 243 und 244. Die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung für sämtliche oder auch nur für die rechtlichen oder ausserrechtlichen Kosten richtet sich nach dem Grade der Armut, jedoch nicht danach, ob der Minderbemittelte einen Anwalt nötig hat oder nicht (vgl. auch Becker 24 f.). Auch bei der Erteilung nur für die rechtlichen Kosten übernimmt der Staat immer einen Teil der Anwaltskosten, ZPO 243 Abs. 3 Ziff. 7.

⁴ Becker 25. Vgl. in diesem Zusammenhang auch § 50 Abs. 3 der ZPO vom 4.5.1930 und § 48 Abs. 3 der ZPO vom 5.5.1895.

II Bestellung des Anwaltes

A Zuständige Instanz

Ein besonderes Gesuch für die Beordnung eines kostenlosen Anwaltes ist nicht notwendig. Wer um die Rechtswohlthat für sämtliche Kosten nachsucht, verlangt damit auch gleichzeitig einen unentgeltlichen Rechtsbeistand. Ein Gesuch nur für die rechtlichen Kosten zeigt, dass der Bedürftige seinen Anwalt selber honorieren will.

Die Bestellung des Anwaltes obliegt dem Präsidenten des für den Prozess zuständigen Gerichtes⁵. Dem Bedürftigen steht dabei nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung grundsätzlich keine freie Anwaltswahl zu⁶. Nach der Glarner Gerichtspraxis erfolgt eine Bezeichnung des Anwaltes aber nur, wenn der Gesuchsteller selbst noch keinen Rechtsvertreter beauftragt hat. Stellt ein Anwalt das Gesuch für seinen Klienten, so wird er praktisch immer als unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt. Es ist nicht mehr nötig, ihn noch speziell mit der Prozessführung zu beauftragen⁷. Dies läuft darauf hinaus, dass der Unbemittelte den Anwalt selbst wählen kann. Gewährt der Gerichtspräsident die Rechtswohlthat nur für die rechtlichen oder ausserrechtlichen Kosten, so muss er den Anwalt akzeptieren, den der Bedürftige gewählt hat und auch teilweise bezahlen muss⁸. Falls die arme Partei noch keinen Anwalt beigezogen hat, sollte der Richter möglichst deren Wünsche berücksichtigen. Den vom Gerichtspräsidenten bestellten Rechtsbeistand kann der Bedürftige aus hinreichenden Gründen ablehnen, auch wenn dies im Gesetz nicht ausdrücklich gesagt ist⁹.

B Stellung der ausserkantonalen Anwälte

Als unentgeltliche Rechtsbeistände kommen im Kt. Glarus nur Anwälte in Frage, die vom Obergericht zur Berufsausübung zugelassen sind¹⁰. Ausserkantonale Advokaten haben nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts keinen Anspruch auf die Bestellung als unentgeltliche Rechtsbeistände. Ein Kanton darf, ohne damit die Rechtsgleichheit zu verletzen, lediglich im Kanton wohnhafte oder ständig praktizierende Anwälte berücksichtigen¹¹. Diese kennen meistens das betreffende kantonale Prozessrecht besser und nur sie sind verpflichtet, die Wahl als unentgeltlicher Rechtsbeistand anzunehmen. Zudem übt der Kanton lediglich

⁵ ZPO 54 Abs. 2.

⁶ BGE 95 I 411, 67 I 4.

⁷ ZPO 54 Abs. 2; Becker 25.

⁸ Bergerfurth 54.

⁹ Kehl, Unentgeltliche Prozessführung 31.

¹⁰ ZPO 54 Abs. 2 in Verb. mit GO 29.

¹¹ BGE 95 I 411, 67 I 5, 60 I 17 Erw. 2.

über sie die Aufsichts- und Disziplinargewalt aus. Allerdings gilt dieser Grundsatz nicht uneingeschränkt. Der Richter kann im Einzelfall aus bestimmten Gründen verpflichtet sein, für die Führung eines Prozesses auch einen ausserkantonalen Advokaten als kostenloser Parteivertreter zu beauftragen, wenn dieser wie ein einheimischer Rechtsbeistand die notwendigen persönlichen und sachlichen Voraussetzungen für die Prozessvertretung besitzt¹².

III Verhältnis zur armen Partei

Der Anwalt steht zum Unbemittelten im gleichen privatrechtlichen Verhältnis wie zu einem begüterten Auftraggeber, abgesehen von der wichtigen Ausnahme der Honorierung¹³. Bei der Tätigkeit als unentgeltlicher Rechtsbeistand ist der Anwalt zu derselben Sorgfalt verpflichtet wie bei gewöhnlichen Mandaten. Ebenso gelten für ihn auch die übrigen Berufspflichten¹⁴. Der unentgeltliche Rechtsbeistand hat gegenüber seinem Klienten für die vom Staate finanzierte Tätigkeit keinerlei Ansprüche mehr¹⁵. Allfällige Vorschussleistungen muss er dem Bedürftigen zurückerstatten¹⁶.

Die Gewährung der Rechtswohltat hat auf die Prozessherrschaft der armen Partei grundsätzlich keinen Einfluss¹⁷. Zulässig ist daher auch, dass der Unbemittelte dem unentgeltlichen Rechtsbeistand die Vertretungsbefugnis entzieht und für den Rest des Verfahrens auf einen Anwalt verzichtet¹⁸. Einzig Vergleiche über die Kostenfrage sind nur statthaft, soweit dadurch nicht die Interessen des Staates oder des Anwaltes tangiert werden¹⁹.

12 BGE 95 I 411 Erw. 5.

13 Guggenheim 90 f., Salzmann a.a.O. 309.

14 Salzmann a.a.O. 309, Wegmann a.a.O. 116 f.

15 Bergerfurth 56, Guggenheim 96.

16 Sträuli/Messmer N. 2 zu § 87 ZPO, Wegmann a.a.O. 118.

17 Eichenberger 93, Guggenheim 92, Sträuli/Messmer N. 1 zu § 87 ZPO.

18 Vgl. ZGE 9.11.1972; Salzmann a.a.O. 309.

19 Eichenberger 93.

IV Verhältnis zum Staat

A Übernahmepflicht

Die Ausübung des Anwaltsberufes ist vom Erwerb eines Patents abhängig²⁰. Diese Monopolstellung der Anwälte zieht die Pflicht zur Übernahme der vom Richter zugewiesenen Armenanwaltsmandate nach sich. Diese Pflicht besteht jedoch nur für Anwälte, denen auch ein Anspruch auf Zuweisung solcher Aufträge zusteht²¹.

B Ablehnungsrecht

Der Anwalt ist nicht in jedem Falle zur Übernahme solcher Mandate verpflichtet. Wenn wichtige Gründe vorliegen, kann und muss er sogar den richterlichen Auftrag ablehnen²². Entstehen diese Gründe erst während seiner Tätigkeit als unentgeltlicher Rechtsbeistand, so hat er den Gerichtspräsidenten um vorzeitige Niederlegung des Auftrages zu ersuchen. Aussichtslosigkeit des Prozesses ist kein solcher Grund, weil sonst dem Bedürftigen bis zum Entzug der unentgeltlichen Prozessführung ein neuer Anwalt beigegeben werden müsste²³.

C Anspruch auf staatliche Entschädigung

Mit der Ernennung als unentgeltlicher Rechtsbeistand übernimmt der Anwalt eine staatliche Aufgabe. Infolgedessen steht er zum Staat in einem öffentlichrechtlichen Dienst- oder Auftragsverhältnis²⁴. Als Gegenleistung erhält der Anwalt einen gesetzlichen Anspruch auf eine entsprechende staatliche Vergütung²⁵. Obsiegt der Bedürftige im Prozess, so richtet sich der Anspruch auf Entschädigung ebenfalls gegen den Staat, nicht etwa gegen den Prozessgegner. Dafür fällt dem Staat die ausserrechtlichen Entschädigung zu, welche die Gegenpartei dem Unbemittelten entrichten muss²⁶.

20 Vgl. das Reglement über die Zulassung zum Anwaltsberuf und zur öffentlichen Beurkundung im Kanton Glarus vom 31.5.1976 (GS III C/6).

21 Vgl. vorne § 9 II B, Guggenheim 86. Nach Salzmann a.a.O. 303 f. lässt sich die Pflicht zur Übernahme solcher Mandate einzig aus der Institution der Anwaltschaft begründen. Der Staat muss mittellose Parteien einem Anwalt zuweisen können, damit er seiner rechtsstaatlichen Verpflichtung nachkommen kann.

22 Bergerfurth 61, Guggenheim 88 ff., Wegmann a.a.O. 113 ff.

23 ZR 41 Nr. 37; Guggenheim 89 f., Sträuli/Messmer N. 1 zu § 87 ZPO, Wegmann a.a.O. 116; a.M. Guldener 381 Anm. 27b.

24 BGE 95 I 411, 73 I 370, 60 I 13.

25 ZPO 53 Abs. 2; vgl. auch ZGE 7.6.1973.

26 ZPO 53 Abs. 2; ZGE 9.8.1973, 6.9.1973, 22.4.1971.

Der unentgeltliche Rechtsbeistand kann vom Staat die gleiche Entschädigung verlangen wie von einem zahlungskräftigen Klienten. Es gibt im Kt. Glarus keine gesetzliche Bestimmung, die bei unentgeltlicher Prozessführung abweichende Honorierungsgrundsätze festsetzt²⁷. Die Tätigkeit des Anwaltes, die er im Hinblick auf den bevorstehenden Prozess noch vor der Einreichung des Gesuches um kostenlose Rechtspflege entfaltet hat, wird ebenfalls aus der Staatskasse bezahlt²⁸. Am Vergütungsanspruch des Anwaltes dem Staate gegenüber ändert auch ein Entzug der Rechtswohltat nichts. Der Staat muss den Rechtsbeistand für dessen Tätigkeit bis zum Zeitpunkt des Entzuges entschädigen²⁹.

§ 10 Erlöschen der unentgeltlichen Prozessführung

I Die einzelnen Gründe

A Verzicht

Der Begünstigte kann jederzeit während des Prozesses auf die Rechtswohltat verzichten¹. Der Verzicht kann mit rückwirkender Kraft oder nur mit Wirkung ex nunc erfolgen.

B Ausscheiden aus dem Prozess

Die unentgeltliche Prozessführung geht mit dem Tode des Bedürftigen unter, weil dessen Armut der ausschlaggebende Gesichtspunkt für die Erteilung gewesen ist. Setzen die Erben den Prozess fort, so können sie ihrerseits ein Gesuch stellen und um die unentgeltliche Rechtspflege nachsuchen². Die Konkursöffnung über die arme Partei hat ebenfalls den Untergang zur Folge, da die Konkursmasse die Unentgeltlichkeit des Prozesses nicht beanspruchen kann³. Keinen Einfluss auf die Rechtswohltat übt hingegen das Ausscheiden des kostenlosen Anwaltes aus⁴.

27 Vgl. ZPO 53 ff., GO 34 ff., Gebührentarif 8. Viele Kantone sehen für den unentgeltlichen Rechtsbeistand eine geringere Entschädigung vor, z.B. Appenzell I.Rh. ZPO 99 Abs. 3, St. Gallen ZPO 161, Thurgau ZPO 105 Abs. 2.

28 Sträuli/Messmer N. 2 zu § 89 ZPO, Wegmann a.a.O. 120.

29 OGE 9.3.1936, ZR 41 Nr. 37.

1 Vgl. ZGE 6.6.1974, 25.4.1974.

2 ZR 57 Nr. 51 Erw. 6; Bergerfurth 98, Eichenberger 104.

3 Vgl. vorne § 5 I C.

4 Vgl. ZGE 9.11.1972.

C Beendigung des Prozesses vor einer Instanz

Die Rechtswohltat wird jeweils nur für eine Instanz gewährt. Mit Abschluss des Prozesses vor dieser Instanz erlischt auch die unentgeltliche Prozessführung. Für das Rechtsmittelverfahren ist ein neues Gesuch erforderlich⁵. Innerhalb einer Instanz unterliegt die unentgeltliche Rechtspflege keiner zeitlichen Limite, da eine Verwirkung durch Zeitablauf nicht möglich ist⁶. Der zuständige Richter hat jedoch die Pflicht, die Voraussetzungen während des Verfahrens weiterhin zu überprüfen und gegebenenfalls gemäss Art. 55 Abs. 1 ZPO vorzugehen.

D Entzug

1. Allgemeines

Der Entscheid betreffend Gewährung oder Ablehnung der unentgeltlichen Prozessführung stellt eine prozessleitende Verfügung⁷ dar, auf welche der Richter zurückkommen kann, wenn sie sich als unrichtig erweisen sollte⁸. Ein Entzug der einmal erteilten Rechtswohltat kommt aber nur in Betracht, wenn die Voraussetzungen im Verlaufe des Prozesses dahinfallen oder wenn sie gar nie vorgelegen haben⁹. In Zweifelsfällen ist stets zugunsten des Unbemittelten zu entscheiden. Ein Entzug ist aber nur solange zulässig, als sich der Prozess noch vor derjenigen Instanz befindet, für welche die Rechtswohltat erteilt worden ist¹⁰. Zuständig muss wiederum der Gerichtspräsident sein, welcher die Bewilligung ausgesprochen hat¹¹.

5 ZPO 54 Abs. 2; OGP 8.2.1978, 23.2.1977.

6 ZBJV 70 (1934), 181 f.

7 BGE 43 II 453, OGE 29.12.1959; Walder 281.

8 OGE 29.12.1959; Guldener 301 f., Hämmerli 52, Walder 281.

9 ZPO 55 Abs. 1 spricht zwar nur von "dahinfallen", doch kann kein Zweifel bestehen, dass ein Entzug auch möglich ist, wenn z.B. die Bedürftigkeit gar nie vorgelegen hat. Vgl. auch Heuberger 92, Meyer 171 f.

10 ZPO 55 Abs. 1; Bergerfurth 104. Nachher ist nur noch die Anordnung der Nachzahlung möglich.

11 A.M. OGE 9.3.1936 mit der Begründung, dass der Präsident dem Gericht durch den Entzug den Prozess aus den Händen nehmen könne. Dieses Argument ist jedoch nicht stichhaltig, könnte doch der Vorsitzende schon bei Ablehnung des Gesuches dem Gesamtgericht den Prozess vorenthalten, den der Bedürftige infolge des ablehnenden Entscheides nicht mehr durchführen will. Ein weiteres Argument für die Zuständigkeit des Gerichtspräsidenten ist die Tatsache, dass dieser die Verhältnisse aufgrund der Erteilung am besten kennt.

2. Zur Frage der rückwirkenden Kraft des Entzuges

Ein Entzug wegen Aussichtslosigkeit wirkt nur für die Zukunft. Es gehört zum Wesen eines Prozesses, dass sich die Erfolgsaussichten im Laufe des Verfahrens klären. Könnte dem Entzug rückwirkende Kraft zukommen, so hätte das zur Folge, dass die unentgeltliche Prozessführung letztlich nur den im Prozess obsiegenden mittellosen Parteien zustehen würde, was aber einer weitgehenden Aushöhlung des Rechtsinstitutes gleichkäme¹². Eine andere Würdigung der bei der Bewilligung bekannten Verhältnisse berechtigt den Richter ebenfalls nicht zu einem rückwirkenden Entzug¹³.

Verbessern sich die Vermögensverhältnisse während des Prozesses derart, dass der Bedürftige sämtliche bisher entstandenen Kosten zu tragen vermag, so kann der Entzug mit Wirkung ex tunc erfolgen¹⁴. Wenn die Vermögensvermehrung nur für die zukünftigen Auslagen ausreicht, darf die Rechtswohlthat nur für die Zukunft entzogen werden. Rückwirkung ist auch anzunehmen, wenn der vermeintlich Minderbemittelte die unentgeltliche Prozessführung durch wissentlich falsche Angaben erschlichen hat¹⁵.

II Nachzahlungspflicht¹⁶

Der Untergang der unentgeltlichen Prozessführung ändert an der Stundung der Kosten nichts, ausgenommen Entzug und Verzicht mit Wirkung ex tunc. Der Bedürftige wird erst nachzahlungspflichtig, wenn sich seine finanziellen Verhältnisse derart verbessert haben, dass eine Rückzahlung ohne Beschränkung des notwendigen Lebensunterhaltes möglich ist¹⁷. Der Vermögensanfall darf aber nicht in einer durch den betreffenden Prozess zugesprochenen Haftpflichtentschädigung bestehen¹⁸. Die Rückzahlung wird auch mit dem Konkurs des Minderbemittelten fällig, da der Staat Anspruch auf Gleichbehandlung mit den übrigen Gläubigern hat¹⁹. Die Nachzahlungspflicht tritt schliesslich auch noch mit dem Tode der

12 BGE 101 Ia 37 f., ZR 74 Nr. 76, OGE 9.3.1936, Max. XI (1963) Nr. 248; Bergerfurth 104, Eichenberger 104, Guldener, Supplement II 81, Heuberger 98, Meyer 177; a.M. A. Kiler, Verweigerung und Entzug des Armenrechts wegen Aussichtslosigkeit des Prozesses, SJZ 56 (1960), 53 ff.

13 ZR 74 Nr. 76; Bergerfurth 99 f., Sträuli/Messmer N. 3 zu § 90 ZPO.

14 Guldener, Supplement II 81, Heuberger 98 f., Meyer 177.

15 Bergerfurth 100, Guldener, Supplement II 81.

16 Zuständig für die Anordnung von Nachzahlungen ist die Finanzdirektion, welche die Staatskasse mit dem Einzug beauftragt. Für die gestundeten Kosten berechnet der Staat keine Zinsen, ZPO 56.

17 Becker 26, Bergerfurth 100, Leuch N. 4 zu Art. 82 ZPO.

18 BGE 40 I 104 Erw. 4a, vgl. auch SJZ 60 (1964), 162 Nr. 108; Jacot 65.

19 Eichenberger 104.

mittellosen Partei ein. Die Rückerstattung des Geldes darf aber für die Erben keine Beschränkung des notwendigen Lebensunterhaltes bedeuten²⁰.

§ 11 Rechtsmittel

I Kantonale Rechtsbehelfe

A Wiedererwägungsgesuch

Der Unbemittelte kann jederzeit beim betreffenden Gerichtspräsidenten ein Gesuch um Wiedererwägung des ablehnenden Entscheides einreichen. Der Richter muss aber erst darauf eintreten, wenn sich die tatsächlichen Verhältnisse inzwischen geändert haben¹. Zu beachten ist, dass solche Wiedererwägungsgesuche keinen Einfluss auf Rechtsmittelfristen haben.

B Nichtigkeitsbeschwerde²

1. Grundsätzliches

Gemäss Art. 336 ZPO können Verfügungen jeder unteren Gerichtsinstanz beim Obergericht unter bestimmten Voraussetzungen mit der Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden. Unter den Begriff "Verfügungen" fallen auch prozessleitende Entscheidungen, so dass die Nichtigkeitsbeschwerde bei Entscheiden über die unentgeltliche Rechtspflege zulässig ist³. Gegenstand der Anfechtung können alle Verfügungen sein, welche die unentgeltliche Prozessführung ganz oder teilweise verweigern bzw. entziehen. Zur Nichtigkeitsbeschwerde legitimiert sind der Bedürftige, dessen Prozessgegner⁴ sowie der unentgeltliche Rechtsbeistand. Dieser ist beispielsweise beschwert, wenn der Richter ungerechtfertigterweise einen Entzug mit rückwirkender Kraft verfügt, und der Anwalt dadurch des staatlichen Honorars verlustig geht⁵. Im allgemeinen ist das Kassationsverfahren, wenn es um die Anfechtung eines Entscheides über die Rechtswohltat geht, kostenlos⁶. Es besteht jedoch auch die Möglichkeit, für dieses Verfahren die unentgeltliche Prozessführung zu beantragen⁷.

20 Bergerfurth 98, Eichenberger 104, Heuberger 99; a.A. Jenny 117.

1 OGE 29.12.1959, ZR 58 Nr. 85; Walder 282; vgl. auch BGE 35 I 602.

2 Die Appellation ist ausgeschlossen, vgl. ZPO 15 Abs. 3.

3 OGE 20.6.1960, 29.12.1959, 18.8.1937, 9.3.1936, 23.3.1933.

4 Aber nur unter den vorne § 7 IV bei Anm. 34 erörterten Voraussetzungen, vgl. auch OGE 30.4.1949.

5 OGE 9.3.1936.

6 OGE 30.4.1949, 8.12.1943, 18.8.1937, 9.3.1936, 14.11.1932, 3.2.1932, 25.6.1924; anders in OGE 29.12.1959, 23.3.1933.

7 BGE 78 I 195.

2. Die widersprüchliche Praxis zu Art. 50 Abs. 2 der alten ZPO vom 4. Mai 1930

Die Zivilprozessordnung vom 5. Mai 1895 bestimmte in § 48 Abs. 2, dass der Entscheid über Gesuche um unentgeltliche Prozessführung "ohne Weiterzug im Verfahren"⁸ beim Präsidenten des für den Prozess zuständigen Gerichtes liege. Anlässlich der Revision vom 4. Mai 1930 wurde diese Bestimmung wörtlich übernommen. Die Revision brachte aber auch noch die Einführung der Nichtigkeitsbeschwerde. Daher musste das Obergericht bereits im Entscheid vom 14. November 1932 Stellung zur Frage nehmen, ob der Passus "ohne Weiterzug im Verfahren" auch auf die Nichtigkeitsbeschwerde Anwendung finde. Mit einer einleuchtenden Begründung verneinte das Obergericht diese Frage und liess die Nichtigkeitsbeschwerde zu. U.a. führte es im zitierten Entscheid wörtlich aus: "Dagegen kann es niemals die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein, Urteile usw., die nicht appellabel sind, mit der Bezeichnung "endgültig", "inappellabel", oder dem Beisatz "ohne Weiterzug", "Weiterzug unzulässig" als schlechthin unanfechtbar zu bezeichnen, soll dadurch nicht richterlicher Willkür Tür und Tor geöffnet und damit implicite das im Gesetz doch ausdrücklich gerade hiegegen vorgesehene ausserordentliche Rechtsmittel der Kassation tatsächlich ausgeschaltet werden." Bevor nämlich die Nichtigkeitsbeschwerde eingeführt worden war, konnten solche inappellablen Entscheide aufgrund des Rekurses, der im Gesetz vom 5. Mai 1895 betreffend das Aufsichtsrecht des Obergerichtes über die unteren Gerichte geregelt war, wegen Verletzung "prozess – organischer Bestimmungen" beim Obergericht gerügt werden. Die Nichtigkeitsbeschwerde übernahm dann die Funktion des Rekurses⁹.

Im Entscheid vom 30. April 1949 stellte dann das Obergericht plötzlich fest, gemäss Wortlaut sei kein gesetzliches Rechtsmittel gegen Verfügungen betreffend kostenlose Prozessführung gegeben, ohne nähere Begründung und ohne irgendwelche Erwähnung des Urteils vom 14. November 1932. Im Entscheid vom 29. Dezember 1959 bejahte das Obergericht grundsätzlich die Zulässigkeit der Nichtigkeitsbeschwerde zur Anfechtung von prozessleitenden Entscheidungen, verneinte sie aber im Falle der unentgeltlichen Rechtspflege, weil der Weiterzug expressis verbis ausgeschlossen sei, wiederum ohne näher zu begründen, warum der Ausdruck "ohne Weiterzug im Verfahren" auch für die Nichtigkeitsbeschwerde Gültigkeit habe. Diese widersprüchliche Praxis zeigt deutlich auf, welch grosse Gefahr besteht, dass fundamentale Grundsatzentscheide im Laufe der Zeit und infolge ständigen Wechsels der Gerichtsmitglieder vergessen werden, weil die wichtigsten Urteile nicht publiziert werden und nach einer gewissen Zeitspanne im Archiv verschwinden.

8 In der heute geltenden ZPO vom 2.5.1965 ist der Ausdruck "ohne Weiterzug im Verfahren" nicht mehr enthalten. Die Praxis zur alten ZPO wird dennoch im Haupttext aufgezeigt, weil auch heute, 13 Jahre nach Inkrafttreten der neuen ZPO, noch kein einziger Entscheid betreffend kostenlose Prozessführung mit der Nichtigkeitsbeschwerde angefochten worden ist und die angeführten Urteile grundsätzliche Erwägungen enthalten.

9 Landgemeindememoriel 1930, 48.

C Rekurs ans Gesamtobergericht

Mit Verfügung vom 3. September 1973 wies der Obergerichtspräsident das Gesuch einer Partei gestützt auf Art. 54 Abs. 1 ZPO wegen grundloser Prozessführung ab, nachdem er einige Tage vorher die Appellation dieser Partei für zulässig erklärt und einen Kostenvorschuss angesetzt hatte. In der Rechtsmittelbelehrung wurde der Bedürftige darauf hingewiesen, dass gegen diese Verfügung innert zehn Tagen, von der Zustellung an gerechnet, Rekurs ans Obergericht eingereicht werden könne. Dieses trat mit Urteil vom 27. März 1974 auf den Rekurs ein und gewährte die Rechtswohltat, nachdem es vorher zuerst die Appellation behandelt und teilweise gutgeheissen hatte¹⁰.

In der Zivilprozessordnung ist eine solche Möglichkeit zur Anfechtung von Entscheiden über die unentgeltliche Rechtspflege nirgends vorgesehen. Die Weiterziehung einer Präsidialverfügung ans Gesamtobergericht ist einzig in den Art. 310 bzw. 342 ZPO gesetzlich geregelt und zwar für Entscheide, welche die formelle Zulässigkeit der Appellation bzw. Nichtigkeitsbeschwerde betreffen. Analog zu Art. 342 ZPO hat der Obergerichtspräsident der mittellosen Partei ein Rekursrecht eingeräumt.

Es wird abzuwarten sein, wie sich diese Praxis weiterentwickelt. Das Gesetz kennt eine solche Rekursmöglichkeit nicht. Das Rekursrecht gemäss Art. 342 ZPO richtet sich nur gegen Entscheide betreffend Zulässigkeit der Nichtigkeitsbeschwerde, die mit dem Unentgeltlichkeitsgesuch aber nicht in direktem Zusammenhang stehen, weil es sich dabei um zwei verschiedene, voneinander unabhängige Verfahren handelt. Gegen dieses Rekursrecht spricht auch die Tatsache, dass das Gesamtobergericht seinem Entscheid die gleichen Verhältnisse zugrundelegen muss wie der Obergerichtspräsident, und da dieser bei der Behandlung des Rekurses wieder mitwirkt, ist es fraglich, ob dem Bedürftigen dieser Rechtsbehelf viel einbringt. Andererseits sprechen praktische Gründe für einen solchen Weiterzug, da dem Unbemittelten u.U. die staatsrechtliche Beschwerde erspart bleibt.

II Staatsrechtliche Beschwerde

A Allgemeines

Verweigerung und Entzug der unentgeltlichen Rechtspflege kann der Unbemittelte mit der staatsrechtlichen Beschwerde gestützt auf Art. 4 BV beim Bundesgericht rügen¹¹. Dazu ist jedoch die Ausschopfung der kantonalen Rechtsmittel uner-

¹⁰ Das Vorgehen des Obergerichtes widerspricht der bundesgerichtlichen Praxis, vgl. BGE 101 Ia 37. Danach darf die Behandlung eines Gesuches um kostenlose Rechtspflege nicht bis nach dem Urteil in der Hauptsache aufgeschoben werden.

¹¹ Statt vieler BGE 104 Ia 31 ff.

lässlich¹². Der Bedürftige muss demnach zuerst die Nichtigkeitsbeschwerde an das Obergericht ergreifen. Einen Entscheid des Obergerichtspräsidenten kann er direkt beim Bundesgericht anfechten, es sei denn, dass das Rekursrecht¹³ feste Praxis werde. Bei Gutheissung der staatsrechtlichen Beschwerde kann das Bundesgericht die unentgeltliche Prozessführung nicht selbst erteilen, sondern lediglich die Aufhebung des angefochtenen Entscheides verfügen¹⁴. Die staatsrechtliche Beschwerde ist mit anderen Worten im Bereich der unentgeltlichen Prozessführung rein kassatorischer Natur.

B Die Überprüfungsbefugnis des Bundesgerichtes auf dem Gebiete der unentgeltlichen Prozessführung¹⁵

1. Kognition beim bundesrechtlichen Anspruch gemäss Art. 4 BV

a) *Hinsichtlich der Bedürftigkeit*

Was den Rechtsbegriff der Bedürftigkeit betrifft, kommt dem Bundesgericht eine freie Prüfungsbefugnis zu¹⁶. In tatsächlicher Hinsicht, bei der Frage etwa, ob der Richter die konkreten finanziellen Verhältnisse richtig gewürdigt habe oder nicht, kann das Bundesgericht die Entscheide der kantonalen Instanzen lediglich auf Willkür hin überprüfen¹⁷.

b) *Hinsichtlich der Aussichtslosigkeit*

Freie Überprüfungsbefugnis steht dem Bundesgericht bei der Frage zu, ob die Prozessbegehren des Bedürftigen aufgrund seiner Darstellung und der bereits erstellten Tatsachen als aussichtslos zu betrachten sind, sie erstreckt sich also im Unterschied zur Bedürftigkeit sowohl auf Rechts- wie auf Tatfragen¹⁸.

12 OG 86 Abs. 2, 87; Marti 105.

13 Vgl. I C dieses Paragraphen.

14 BGE 104 Ia 32 Erw. 1, 99 Ia 432 Erw. 1, 89 I 2 Erw. 1.

15 Vgl. auch Hans Peter Moser, Die Kognition des Bundesgerichtes bei der Beurteilung staatsrechtlicher Beschwerden, ZBl. 72 (1971), 185–190.

16 BGE 104 Ia 326 Erw. 2, 73 Erw. 2, 33 Erw. 2, 103 Ia 100.

17 BGE 103 Ia 100, 78 I 196; Aubert II 655 N. 1821, Moser a.a.O. 190.

18 BGE 100 Ia 113 Erw. 2a, 95 I 415 Erw. 2; Aubert II 655 N. 1821, Moser a.a.O. 189.

c) *Hinsichtlich des Rechtsbestandes*

Das Bundesgericht prüft die Frage, ob die Voraussetzungen für einen unentgeltlichen Rechtsbeistand gegeben sind, in rechtlicher Hinsicht frei¹⁹. Wie es damit in tatsächlicher Hinsicht steht, wurde bisher offengelassen²⁰.

2. Kognition beim kantonalrechtlichen Anspruch

Hier beschränkt sich die Überprüfungsbefugnis sowohl bei Rechts- wie auch bei Tatfragen auf Willkür²¹.

§ 12 Unzulänglichkeiten der unentgeltlichen Rechtspflege im gerichtlichen Bereich

Der Rechtsbehelf der unentgeltlichen Rechtspflege soll Unbemittelten den Zugang zu den Gerichten ermöglichen. Ob dies tatsächlich der Fall ist, wird vor allem in der Bundesrepublik Deutschland stark angezweifelt¹. Im folgenden geht es nicht darum, neue Möglichkeiten wie Nulltarif der Justiz, obligatorische Rechtsschutzversicherung, Streitwertherabsetzung, Erfolgshonorar für Anwälte etc. darzustellen², sondern es soll lediglich auf einige Unzulänglichkeiten der unentgeltlichen Prozessführung, soweit sie den gerichtlichen Bereich betreffen, hingewiesen werden.

Nach den Zivilprozessordnungen einiger Kantone³ darf die unentgeltliche Rechtspflege an Minderbemittelte, die nicht im Prozesskanton wohnhaft sind, nur erteilt werden, wenn Gegenseitigkeit verbürgt ist. Solche Regelungen stehen nicht mehr in Einklang mit heutigen rechtsstaatlichen Auffassungen⁴. Es entspricht einem Gebot der Fairness, jedem unbemittelten Rechtsuchenden unabhängig von seiner Herkunft und seinem Wohnsitz Rechtsschutz zu gewähren. Anderslautende Bestimmungen vermögen daher nicht mehr vor Art. 4 BV standzuhalten.

19 BGE 104 Ia 73 Erw. 2, 99 Ia 432, 98 Ia 342.

20 BGE 89 I 3.

21 BGE 104 Ia 326 Erw. 2, 32 Erw. 2.

1 Vgl. dazu neben Jacot und Rehbinders vor allem Gottfried Baumgärtel, Gleicher Zugang zum Recht für alle, Prozessrechtliche Abhandlungen Heft 43, Köln/Berlin/Bonn/München 1976 und Wolfgang Grunsky/Nicolo Trocker, Empfehlen sich im Interesse einer effektiven Rechtsverwirklichung für alle Bürger Änderungen des Systems des Kosten- und Gebührenrechts? Gutachten A und B zum 51. Deutschen Juristentag, München 1976.

2 Dazu sei auf die Spezialliteratur, insbes. auf die in Anm. 1 angeführte verwiesen.

3 Vgl. vorne § 5 Anm. 1.

4 Vgl. auch EMRK 6 Ziff. 3 lit. c und Rehbinders 401.

Was den Anwendungsbereich der unentgeltlichen Rechtspflege betrifft, so sollte es selbstverständlich sein, dass er sowohl die streitige wie auch die freiwillige Gerichtsbarkeit⁵ umfasst. Niedrige Gerichtsgebühren in bestimmten Verfahren bilden keinen Grund, die Erteilung der Rechtswohltat zum vorneherein auszuschliessen. Abgesehen davon, dass auch in solchen Verfahren die Anwaltskosten beträchtlich sein können, sind geringe Verfahrenskosten erst bei der Ermittlung der Bedürftigkeit in Rechnung zu stellen. Nach der bundesgerichtlichen Praxis besteht im Schuldbetreibungsverfahren kein Anspruch auf Unentgeltlichkeit, da sich der aus Art. 4 BV fließende Anspruch nur auf Zivilprozesse bezieht und sich weder im SchKG noch im dazu gehörenden Gebührentarif irgendein Hinweis auf die Unentgeltlichkeit befindet⁶. Diese Begründung vermag nicht zu überzeugen. Es ist nicht recht einzusehen, weshalb eine bedürftige Partei keinen aus Art. 4 BV hergeleiteten Anspruch besitzen soll, zumal man sich auch im Schuldbetreibungsverfahren auf Art. 4 BV berufen kann⁷. Zudem erscheint es wenig einleuchtend, einem Minderbemittelten im Zivilprozess kostenlos zu einem Urteil zu verhelfen, bei dessen Vollstreckung aber die Rechtswohltat zu versagen⁸.

Unzulänglichkeiten zeigt das Institut der unentgeltlichen Rechtspflege auch beim Begriff des "notwendigen Lebensunterhaltes"⁹. Nach der Praxis in verschiedenen Kantonen bewegt sich der notwendige Lebensunterhalt lediglich etwa 10–15% über dem betriebsrechtlichen Existenzminimum. Diese kleinliche Auslegung des Begriffes "notwendiger Lebensunterhalt" führt wohl kaum zur Chancengleichheit zwischen minderbemittelten und finanzkräftigen Parteien. So steht die unentgeltliche Prozessführung Parteien mit durchschnittlichen Arbeiter- und Angestelltenlöhnen nicht offen. Bereits bei Prozessen von nicht allzu hohem Streitwert erreichen indessen die Gerichts- und Anwaltskosten bald einmal die Höhe von ein bis zwei Monatslöhnen, insbesondere dann, wenn sich das Verfahren auf zwei Instanzen erstreckt. Inskünftig ist daher der Kreis der Anspruchsberechtigten auszudehnen¹⁰. Dabei kann weiterhin vom Existenzminimum als Berechnungsgrundlage ausgegangen werden, wobei der notwendige Lebensunterhalt mindestens 50 % über dem Existenzminimum zu veranschlagen und die voraussichtliche Höhe der Gerichts- und Anwaltskosten entsprechend zu berücksichtigen ist¹¹.

An der Prüfung der Erfolgsaussichten sollte m.E. festgehalten werden, lassen sich doch damit bereits frühzeitig wirklich aussichtslose Prozesse verhindern. Angesichts der summarischen Prüfung der Prozessaussichten ist die unentgeltliche Prozessführung jedoch nur dann zu verweigern, wenn die Aussichtslosigkeit klar auf der

5 Anders die Aargauer Praxis, vgl. vorne § 6 Anm. 3.

6 Vgl. vorne § 6 IV.

7 Vgl. BGE 101 III 70, 99 III 21 Erw. 6.

8 Ebenso Jacot 72.

9 Dazu vorne § 5 II A sowie Baumgärtel a.a.O. 159 ff., Jacot 63 f., 80 f., Rehbinden 397, 408 f., Trocker a.a.O. B 67 ff.

10 Zu prüfen wäre auch die Ausdehnung auf juristische Personen.

11 Allfälliges Vermögen ist auch weiterhin zu berücksichtigen.

Hand liegt. Dem Richter bleibt ja die Möglichkeit vorbehalten, im Laufe des Verfahrens die unentgeltliche Prozessführung wieder zu entziehen.

Gesuche um Erteilung der unentgeltlichen Rechtspflege sind bis zur Urteilsfällung zuzulassen, auch wenn die Voraussetzungen bereits zu Beginn des Prozesses vorgelegen haben¹². Bei nachträglicher Bewilligung sind dem Minderbemittelten die von ihm bereits geleisteten Zahlungen zurückzuerstatten¹³, wenn deren Entrichtung bereits zu einer Einschränkung im notwendigen Lebensunterhalt geführt hat.

Nach der bundesgerichtlichen Praxis befreit der aus Art. 4 BV fliessende Anspruch auf Unentgeltlichkeit den Bedürftigen nicht von der Zahlung der Gerichts- und gegnerischen Parteikosten¹⁴. Damit wird aber das Kostenrisiko nur unwesentlich gemindert. Den Minderbemittelten dürften vor allem die im Falle des Unterliegens von ihm zu tragenden Verfahrenskosten vom Prozessieren abschrecken. Ob der bundesverfassungsrechtliche Anspruch dem Unbemittelten tatsächlich den Zugang zu den Gerichten öffnet, ist daher fraglich. Als mustergültig erweist sich in dieser Beziehung die seit 1895 bestehende Regelung der Glarner Zivilprozessordnung, wonach der Staat neben den Gerichtskosten auch noch die der siegreichen Gegenpartei zukommende ausserrechtliche Entschädigung übernimmt¹⁵.

Bei der Bestellung des unentgeltlichen Rechtsbeistandes ist der bedürftigen Partei das Recht auf freie Anwaltswahl einzuräumen¹⁶. Der Unbemittelte soll auch in dieser Beziehung die gleichen Rechte besitzen wie eine zahlungskräftige Partei. In einigen Kantonen steht dem unentgeltlichen Rechtsbeistand lediglich ein reduzierter Honoraranspruch dem Staate gegenüber zu¹⁷. Solche Regelungen sind fragwürdig und nicht dazu angetan, das Vertrauen des mittellosen Rechtsuchenden in den Anwalt zu stärken. Mit ihrer Aufhebung wäre jedenfalls sichergestellt, dass sich der vom Staate vollumfänglich honorierte Anwalt für seinen bedürftigen Klienten in gleicher Weise einsetzt wie für einen zahlungskräftigen¹⁸.

Die Nachzahlungspflicht ist entweder auf wenige Jahre zu beschränken oder überhaupt aufzuheben¹⁹. Namentlich wäre zu prüfen, ob in der Praxis überhaupt Nachzahlungen vorkommen und in welchem Umfang.

12 ZPO 55 Abs. 2 wäre entsprechend abzuändern.

13 A.M. Sträuli/Messmer N. 2 zu § 90 ZPO.

14 Vgl. vorne § 8 I.

15 Dazu vorne § 8 II B 5.

16 Ebenso Baumgärtel a.a.O. 160, Rehbinden 401, 409, Trocker a.a.O. B 79.

17 Vgl. vorne § 9 Anm. 27.

18 Dazu auch Baumgärtel a.a.O. 160, Jacot 67 ff., 83 f., Trocker a.a.O. B 77 ff., vgl. auch Rehbinden 409.

19 Für Aufhebung ist Trocker a.a.O. B 80 f., während Baumgärtel a.a.O. 164 f. und Jacot 81 f. für eine kurzfristige Nachzahlungspflicht eintreten.

2. Abschnitt

Rechtsbehelfe bei Abwesenheit der Gegenpartei und bei eigener Versäumung

1. Kapitel

Das Ediktalverfahren

§ 13 *Zweck und Berechtigung*

Üblicherweise kann das Gericht die Parteien auf dem ordentlichen Wege gemäss Art. 58–61 ZPO vorladen. Es kann aber sein, dass die Vorladungen nicht zugestellt werden können wegen unbekanntem Aufenthalt des Gegners oder weil die zuständige ausländische Behörde die Zustellung verweigert. Das Zivilprozessrecht muss aber den Parteien die Möglichkeit geben, trotz Unerreichbarkeit des Widersachers einen Prozess durchführen zu können. Andererseits hat jedoch jede Prozesspartei aufgrund von Art. 4 BV Anspruch darauf, dass sie gehörig vorgeladen wird, damit sie sich zum gegnerischen Vorbringen äussern kann¹.

Diesen entgegengesetzten Interessen versucht das Ediktalverfahren gerecht zu werden. Es bezweckt den Erlass einer Ediktalladung, an welche trotz Unerreichbarkeit des Adressaten auf dem üblichen Zustellwege die Rechtswirkungen der ordentlichen Vorladung geknüpft werden. Die Ediktalladung ersetzt mit anderen Worten die ordentliche Zustellung.

Die Nachteile², die für den unbekannt Abwesenden mit der Ediktalladung verbunden sind, führen dazu, dass ein solches Vorgehen lediglich als letzter Ausweg in Frage kommt. Auch wenn, wie die Praxis zeigt, der Vorzuladende meistens keine Kenntnis von der Ediktalladung erhält, ist dieses Institut unerlässlich und berechtigt. Die gegenteilige Ansicht hätte zur Folge, dass eine Partei durch ihr Verschwinden den Rechtsschutz des Gegners vereiteln könnte. Wie nötig dieser Rechtsbehelf ist, zeigen einerseits die Gründe, die 1895 zur gesetzlichen Regelung geführt haben³, und andererseits die Tatsache, dass es sich in vielen Fällen um Ediktalladun-

1 BGE 64 III 43, 56 I 95 f.; Guldener 201 Anm. 68.

2 Die Ediktalladung kommt selten zur Kenntnis des Adressaten; zudem führt bereits das erstmalige Ausbleiben zum Versäumnisverfahren.

3 Vgl. dazu den Bericht des Regierungsrates vom 10.1.1894 an den h. Landrat des Kantons Glarus über die Revision der Civilprozessordnung sowie den Sportelntarif zu derselben, S. 30: "Die Notwendigkeit eines solchen Verfahrens stellt sich im besondern heraus bei Vaterschaftsklagen, Scheidungsprozessen und Erbschaftsstreitigkeiten. In solchen Fällen ist bis dato wegen dem Mangel solcher Bestimmungen schon oft materielles Recht unterdrückt worden, oder es musste auf ganz sonderbare und jedenfalls nicht korrekte Art nachgeholfen werden, so z.B. durch Bevogtigung in Fällen, wo eine solche nach den Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuches formell gar nicht zulässig gewesen wäre, durch Aufforderung

gen im Zusammenhang mit Vaterschaftsklagen handelt⁴, um Kläger also, die besonders auf den Rechtsschutz angewiesen sind.

§ 14 Voraussetzungen

I In materieller Hinsicht

A Unbekannter Aufenthaltsort einer Partei

Das Ediktalverfahren darf nur durchgeführt werden, wenn der Aufenthaltsort einer Partei dem Gericht und Prozessgegner unbekannt ist¹. Nach bundesgerichtlicher Praxis² ist dieses Erfordernis ohne Verletzung des rechtlichen Gehörs erst erfüllt, wenn es der Gegenpartei oder dem Gericht "trotz aller zweckmassigen, der Sachlage entsprechenden Nachforschungen nicht gelungen ist, den Aufenthaltsort herauszufinden, oder dass solche Schritte offenbar nutzlos sind"³. Dieser Rechtsprechung angeschlossen haben sich die Glarner Gerichte, welche eine Ediktalladung jeweils erst dann erlassen, wenn es den ausländischen Gerichtsbehörden trotz allen Bemühungen nicht möglich gewesen ist, eine Vorladung zuzustellen, oder wenn die vorher vorgenommenen zumutbaren Nachforschungen des Gesuchstellers zu keinem Ziel geführt haben⁴. Die blossе Tatsache, dass Gericht und Gegenpartei den Aufenthaltsort nicht kennen, erfüllt folglich diese Voraussetzungen nicht.

Zweckmässig und zumutbar sind etwa Nachforschungen bei den nächsten Angehörigen, beim Bekanntenkreis, bei den zivilen und militärischen Kontrollbehörden und dem zuletzt zuständigen Postamt⁵. So genügt ein Brief, der von einem Postamt mit dem Vermerk "fortgezogen" wieder zurückgeschickt worden ist, keineswegs für die Einleitung des Ediktalverfahrens⁶. Wer sich bei den Behörden immer ordnungsgemäss an- und abmeldet, ist ebenfalls nicht unauffindbar⁷. Auch eine sich aus den Gewohnheiten des Lebens ergebende, nur vorübergehende Abwesenheit reicht nicht aus⁸. Lässt das Verhalten des Vorzuladenden jedoch den Schluss zu, dass er absicht-

zur Rückkehr in Scheidungsprozessen, während eigentlich gar nicht eine solche Rückkehr oder Wiedervereinigung, sondern vielmehr die gänzliche Scheidung erwirkt werden wollte. Und bei Vaterschaftsklagen wurde die Geschwangerte nach eingetretener Flucht des Beklagten geradezu rechtlos gemacht."

4 Statt vieler ZGE 3.3.1977, 26.2./20.5.1976.

1 ZPO 63 Abs. 1.

2 BGE 64 III 43, 56 I 96. Diese Grundsätze gelten auch für das Zustellwesen im Schuldbeitreibungs- und Konkursrecht, vgl. BGE 64 III 43 f. und Fritzsche I 109.

3 BGE 56 I 96.

4 ZGE 19.6.1969, 25.8.1966.

5 Hauser/Hauser 662, Wiget 329 Anm. 13; vgl. auch ZGE 28.2.1974.

6 ZGE 25.8.1966.

7 Hasenböhler, Säumnis 12.

8 Hauser/Hauser 661 f., Kamber 37 f. Zu denken ist an eine vorübergehende Abwesenheit infolge Ferien, Militärdienst etc.

lich die Erforschung seines Aufenthaltsortes verunmöglicht, so darf die zuständige Instanz zur öffentlichen Vorladung schreiten⁹. Keine Nachforschungen sind hingegen nötig, wenn bereits im unmittelbar vorher durchgeführten Strafverfahren der Aufenthaltsort nicht eruiert werden konnte¹⁰.

B Nichtzustellen der Vorladung durch die ausländischen Behörden

Nach Art. 61 ZPO werden Parteien, die im Ausland Wohnsitz haben, durch Vermittlung der zuständigen Behörden vorgeladen, falls eine Zustellung durch eingeschriebenen Brief nicht zulässig ist oder nicht zum Ziele führt. Wo nicht Staatsverträge die briefliche Zustellung gestatten, muss das Gericht auf diplomatischem Wege durch die Rechtshilfe des ausländischen Wohnsitzstaates eine Partei vorladen¹¹. Verweigert die ausländische Behörde die Weiterleitung der Urkunden, so bleibt dem Gericht keine andere Wahl, als das Ediktalverfahren auf Antrag der Gegenpartei durchzuführen¹².

Bei dieser alternativen Voraussetzung ist wohl der Aufenthaltsort des Adressaten bekannt, doch ist die Zustellung der Vorladung infolge des widerspenstigen Verhaltens der ausländischen Stellen unmöglich. Unerlässlich ist aber auch hier, dass die Gegenpartei oder das Gericht alle zweckdienlichen Mittel ausgeschöpft haben. Es muss aufgrund eines Zustellversuches mit genügender Sicherheit feststehen, dass die ausländischen Behörden die Zustellung verweigern¹³.

II *Nachweis der materiellen Voraussetzung*

Nach ständiger Praxis des Zivilgerichtes ist es Aufgabe der gesuchstellenden Partei und nicht etwa der Gerichtskanzlei, alle zumutbaren Schritte zu unternehmen, um den Aufenthaltsort des Prozesswidersachers zu ermitteln¹⁴. Die erfolglosen Bemühungen muss der Gesuchsteller anhand von Belegen beweisen. So genügt die nicht mit Beweisen unterstützte Begründung, dass es nicht gelungen sei, den Aufenthaltsort des Gegners ausfindig zu machen, für sich allein nicht für die Durchführung des Ediktalverfahrens¹⁵.

9 Kamber 39, Stein/Jonas/Pohle § 203 II 4.

10 ZGE 20.12.1956.

11 ZGE 30.1.1975; Guldener, Internationales Zivilprozessrecht 20.

12 ZPO 63 Abs. 1; ZGE 30.1.1975 (Hier verweigerten die nigerianischen Behörden die Zustellung); Guldener, Internationales Zivilprozessrecht 20 Anm. 16.

13 ZGE 30.1.1975; Hauser/Hauser 663.

14 ZGE 19.6.1969, 25.8.1966. Auch in anderen Kantonen besteht diese Praxis, vgl. Bühler 363a Anm. 17, Guldener 201 Anm. 68, Hasenböhler, Säumnis 12, Hauser/Hauser 662.

15 ZGE 25.8.1966.

Ausnahmsweise ist es Sache des Gerichtes, die sachdienlichen Nachforschungen zu unternehmen. Das ist dann der Fall, wenn sich der Kläger in einem unverschuldeten Beweisnotstand befindet oder wenn nur das Gericht die entsprechenden Ermittlungen erheben kann¹⁶. Diese Pflicht kommt dem Gericht auch zu, wenn der Kläger unbekannten Aufenthaltes ist¹⁷.

III Formelle Voraussetzungen

Das Ediktalverfahren wird nicht von Amtes wegen, sondern nur auf Antrag einer Partei eingeleitet¹⁸. Dazu ist nach Art. 63 Abs. 2 ZPO ein schriftliches Gesuch notwendig, das nebst dem Antrag auf Erlass einer öffentlichen Vorladung die Bezeichnung der Parteien, die Angabe des Rechtsbegehrens und die nötigen Beweismittel¹⁹ für die Unauffindbarkeit bzw. Rechtshilfeverweigerung enthalten muss. Einreichungsort ist die für den angestrebten Prozess zuständige Instanz, welche direkt ohne vorherige Vermittlung anzurufen ist²⁰.

§ 15 Das Ediktalverfahren

1 Anwendungsbereich

Das Ediktalverfahren ist in allen Prozessen, die aufgrund der Vorschriften der ZPO durchgeführt werden, anwendbar¹. Es spielt dabei keine Rolle, in welchem Stadium sich der Prozess befindet. Entscheidend ist allein die Tatsache, dass das Gericht einer Partei eine Vorladung zustellen muss, diese aber wegen den in Art. 63 Abs. 1 ZPO erwähnten Gründen nicht zustellen kann.

16 Hasenböhler, Säumnis 12, Hauser/Hauser 662, Wiget 329. In Ehescheidungsprozessen besteht diese Pflicht aufgrund von Art. 158 ZGB, vgl. Bühler 363a, Hasenböhler, Säumnis 12 f., Wiget 329.

17 ZR 29 Nr. 41; Guldener 201 Anm. 68, Hasenböhler, Säumnis 12, Hauser/Hauser 662.

18 ZPO 63 Abs. 2.

19 ZGE 19.6.1969, 25.8.1966.

20 ZPO 63 Abs. 2, 1 Abs. 2 Ziff. 14.

1 Stein/Jonas/Pohle § 203 IV. Eine Ediktalladung ist z.B. auch im Befehlsverfahren möglich, PV 17.10.1966.

II *Einfluss des Ediktalbegehrens auf die Rechtshängigkeit*

Ist der Prozess bereits streitanhängig, so bleibt das Ediktalverfahren natürlich ohne Einfluss auf die Rechtshängigkeit. Es kann aber sein, dass die erste Prozesshandlung des Klägers ein Begehren um Einleitung des Ediktalverfahrens ist. Dabei stellt sich die Frage, in welchem Zeitpunkt die Rechtshängigkeit eintritt.

Aus Art. 51 ZPO geht die Antwort nicht ausdrücklich hervor. Nach diesem Artikel tritt die Streitanhängigkeit ein, "sobald dem Beklagten die Vorladung vor Vermittlung, die Mitteilung des Rechtsbegehrens seitens der Gerichtskanzlei in den Fällen, da keine Vermittlung stattfindet, oder ein Rechtbot zugestellt wurde". Anders ausgedrückt wird ein Prozess immer dann rechtshängig, wenn die Gerichtsbehörden den Beklagten zum ersten Mal über den bevorstehenden Prozess benachrichtigen. Es kommt demnach nicht auf die erste Prozesshandlung des Klägers an; entscheidend ist vielmehr die erste Mitteilung an den Beklagten.

Logischerweise müsste der Prozess in dem Zeitpunkt rechtshängig werden, da die Ediktalladung zum zweiten Mal im Amtsblatt erscheint. In diesem Moment gilt nämlich die Ediktalzustellung als vollzogen². Die Glarner Praxis vertritt aber einen anderen Standpunkt. Sie lässt die Streitanhängigkeit mit dem Gesuch um Einleitung des Ediktalverfahrens eintreten³, also mit der ersten prozessualen Handlung des Klägers. Zieht der Kläger das Gesuch zurück, bevor die öffentliche Vorladung publiziert worden ist, so gilt dieses Vorgehen als Klagerückzug im Sinne von Art. 47 ZPO⁴. Damit ist ein vollständiger Rechtsverlust verbunden, so dass diese Praxis für die klagende Partei von grossem Nachteil sein kann.

Welche Überlegungen zu dieser Praxis geführt haben, geht aus den Urteilen nicht hervor. Doch kann der Grund wohl nicht darin liegen, dass der frühere Eintritt der Rechtshängigkeit die Wahrung der Fristen ermöglichen soll, denn dafür ist die Klageeinleitung massgebend, welche von der Streitanhängigkeit verschieden ist. Für die Wahrung der Klagefristen genügt die Aufgabe des Rechtsbegehrens bei der Post⁵. Im Ediktalverfahren gilt demnach eine Frist als eingehalten, wenn die gesuchstellende Partei das Begehren um Einleitung des Ediktalverfahrens rechtzeitig bei der Post aufgibt.

III *Bewilligungsverfahren*

Hat eine Partei ein Gesuch um Durchführung des Ediktalverfahrens gestellt, so ordnet die zuständige Instanz eine Sitzung an. Bei der Behandlung des Gesuches muss

2 BGE 62 III 205; Guldener 202, Hasenböhler, Säumnis 13, Kamber 41.

3 ZGE 26.5.1966, 7.3.1957.

4 ZGE 26.5.1966.

5 Vorne § 3 II A 2. bei Anm. 32.

das Gericht zuerst seine Zuständigkeit prüfen, anschliessend die Frage, ob die materiellen und formellen Voraussetzungen für eine Ediktalladung gegeben sind. Anhand der eingereichten Belege muss sich das Gericht von der Unmöglichkeit der ordentlichen Zustellung überzeugen. Genügen diese Belege nicht, so tritt das Gericht zur Zeit nicht auf das Begehren ein⁶. Dem Gesuchsteller bleibt es aber unbenommen, jederzeit die notwendigen Beweise beizubringen. Während dieser Zeit bleibt der Prozess pendent⁷.

Sind alle Voraussetzungen vorhanden, so erlässt das Gericht eine Ediktalladung und ordnet deren Publikation im Amtsblatt und u.U. in Zeitungen an. Die Ediktalladung gilt jeweils nur für eine bestimmte Zustellung⁸.

Anlässlich des Bewilligungsverfahrens findet keine Prüfung des Klagebegehrens statt⁹. Dies erfolgt erst an der dazu anberaumten Tagfahrt.

Der Entscheid der zuständigen Instanz über das Ediktalbegehren ist eine prozessleitende Entscheidung¹⁰, die der Betroffene mit der Nichtigkeitsbeschwerde anfechten kann¹¹. Die Appellation ist nicht zulässig¹².

Die Kosten des Ediktalverfahrens muss die gesuchstellende Partei unter Vorbehalt des späteren gerichtlichen Kostenspruches tragen; ebenso muss sie die verlangten Kostenvorschüsse leisten¹³.

§ 16 Die Ediktalladung und ihre Wirkungen

I Adressat der Ediktalladung

Das Ediktalverfahren der Glarner Zivilprozessordnung ist eindeutig auf die unbekannte Abwesenheit des Beklagten zugeschnitten¹. Es liegt aber auf der Hand, dass das Gericht auch den unauffindbaren Kläger mittels der Ediktalladung zur Teilnahme an der Tagfahrt auffordern kann². Die Zivilprozessordnung enthält aber in

6 ZGE 25.8.1966.

7 ZGE 25.8.1966.

8 ZPO 64 Abs. 3 Ziff. 3; Kamber 38, Rosenberg/Schwab 397, Stein/Jonas/Pohle § 204 I.

9 Kamber 38, Rosenberg/Schwab 397, Stein/Jonas/Pohle § 203 II 4.

10 Vgl. Kummer 91.

11 Guldener, Nichtigkeitsbeschwerde 49, 102, sowie vorne § 3 III B betreffend Zulässigkeit der Nichtigkeitsbeschwerde gegen prozessleitende Entscheidungen. Nach § 75 Abs. 3 der ZPO von 1895 war der Rekurs an das Obergericht gegeben. Anlässlich des Ausarbeitens der ZPO von 1930 wurde dieser Absatz gestrichen, weil die Nichtigkeitsbeschwerde die Funktion des Rekurses übernahm.

12 ZPO 15 Abs. 3; ZGE 25.8.1966.

13 ZPO 65. Der Gesuchsteller kann jedoch die unentgeltliche Prozessführung beantragen, vgl. ZGE 3.3.1977, 30.1.1975.

1 Vgl. die angedrohten Versäumnisfolgen in ZPO 64 Abs. 3 Ziff. 4 ("Verzicht auf Einreden und Anerkennung der tatsächlichen Klagegründe") und den Wortlaut von ZPO 66 Abs. 1 ("so enthebt das den Kläger ...").

2 Guldener 201 Anm. 68.

Artikel 64 keine Androhung von Versäumnisfolgen für den unbekannt abwesenden Kläger. In Analogie zu Art. 128 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO ist m.E. dem Kläger die Abweisung seiner Klage anzudrohen. Der unauffindbare Kläger soll nicht besser gestellt sein als derjenige, der anwesend ist, aber nicht zur Tagfahrt erscheint. In beiden Fällen handelt es sich um klagende Parteien, die wohl eine Klage eingeleitet haben, sich aber nicht mehr um deren Schicksal kümmern und folglich nicht mehr an deren Gutheissung interessiert sind³. Auch droht das Gesetz dem ediktal vorzuladenden Beklagten strenge Sanktionen im Falle des Ausbleibens an, obwohl dieser vielleicht gar nicht mit einer Klage rechnen muss. Der unbekannt abwesende Kläger hingegen weiss auf jeden Fall, in welchem Stadium der Rechtsstreit steckt und ob allenfalls noch weitere Vorladungen zu erwarten sind⁴.

II Die Ediktalladung

A Inhalt

Nach Art. 64 Abs. 3 ZPO enthält die Ediktalladung folgende notwendige Bestandteile:

1. die Bezeichnung der Parteien;
2. die Bezeichnung des Rechtsbegehrens;
3. die Festsetzung der Tagfahrt und die Aufforderung an die abwesende Partei, zur angesetzten Zeit vor dem zuständigen Gericht zu erscheinen;
4. die Androhung, dass es bei Ausbleiben dem Richter freisteht, den Verzicht auf Einreden und Anerkennung der tatsächlichen Klagegründe anzunehmen, sowie lediglich auf Grund der Akten zu entscheiden⁵;
5. das Datum des Erlasses und die Unterschrift der Behörde.

Fehlt einer dieser fünf Bestandteile, so ist die Ediktalladung mangelhaft.

Die Tagfahrt darf nach Art. 64 Abs. 2 ZPO frühestens vierzig Tage nach der ersten Publikation stattfinden. Diese lange Zeitspanne ermöglicht es jeder Partei, an der Tagfahrt teilzunehmen und den Prozess vorzubereiten.

³ Abgesehen von Fällen unverschuldeter Versäumnis.

⁴ Die Motive, die den Gesetzgeber bewogen haben, für den säumigen Beklagten im Ediktalverfahren weniger einschneidende Versäumnisfolgen vorzusehen als beim sonst üblichen Versäumnisverfahren nach ZPO 126 ff. (dazu Landsgemeindememorial 1965, 55), treffen auf den öffentlich vorzuladenden Kläger nicht ganz zu. Einzig die Möglichkeit besteht, dass der Kläger von der Ediktalladung keine Kenntnis erhält.

⁵ Bei Abwesenheit des Klägers: 4. die Androhung, dass die Klage abgewiesen wird.

B Publikationsort

Nach Art. 64 Abs. 1 ZPO muss die Ediktalladung zweimal⁶, mit Unterbruch von vierzehn Tagen, im Amtsblatt des Kantons Glarus veröffentlicht werden. Daneben ist es dem Gericht freigestellt, die öffentliche Vorladung auch in Zeitungen zu publizieren, die am mutmasslichen Aufenthaltsort des Adressaten erscheinen.

III Wirkungen der Ediktalladung

Mit der Ediktalladung sind die gleichen rechtlichen Wirkungen verbunden wie mit der ordentlichen Zustellung gemäss Art. 58–61 ZPO⁷. Sie treten unabhängig davon ein, ob und wann der Adressat den Inhalt der öffentlichen Vorladung zur Kenntnis nimmt, weil die Ediktalladung diese Kenntnisnahme unwiderlegbar fingiert⁸.

Die öffentliche Vorladung gilt in dem Moment als zugestellt, da die zweite Publikation "in den Bereich der Kenntnisnahme derjenigen Öffentlichkeit gebracht wird, an die sie sich richtet"⁹. Entscheidend ist nicht das auf dem Publikationsorgan angegebene Datum, sondern die tatsächliche Verteilung des Amtsblattes oder der Zeitungen an die Leserschaft.

IV Folgen und Anfechtung der ungehörigen Ediktalladung

Jede Partei hat aufgrund von Art. 4 BV Anspruch darauf, dass das Gericht ihr die Vorladungen in den Formen des Gesetzes zustellt. Das rechtliche Gehör ist namentlich dann verletzt, wenn die materiellen und formellen Voraussetzungen der Ediktalladung und die Erfordernisse des Art. 64 ZPO nicht erfüllt sind. Die Glarner Gerichte prüfen daher immer zuerst, ob das Ediktalverfahren formgerecht durchgeführt worden ist, bevor sie das Rechtsbegehren materiell behandeln¹⁰.

Der Entscheid des Gerichts, eine Partei öffentlich vorzuladen, unterliegt als prozessleitende Entscheidung der Nichtigkeitsbeschwerde¹¹. Liegt bereits ein Urteil

6 Ebenso Guldener 202 Anm. 70, Kamber 40. Nach ZGE 11.2.1946 genügt eine Publikation, weil der Ausdruck "soll" in ZPO 64 Abs. 1 als Ordnungsvorschrift aufzufassen sei (Hinweis auf die Wendung "ist" in Abs. 2). Diese Ansicht geht jedoch fehl. Auch in Abs. 3 von Art. 64 ist der Ausdruck "soll" enthalten, doch kann kein Zweifel bestehen, dass die Ediktalladung diese fünf Bestandteile zwingend enthalten muss.

7 Hauser/Hauser 661.

8 BGE 45 III 123, ZR 65 Nr. 115; Diener 11, Guldener 202, Hasenböhler, Säumnis 13, Hauser/Hauser 664, Kamber 41 f. Leuch (N. 4 zu Art. 288 ZPO) lehnt für den Berner Zivilprozess aufgrund von ZPO 290 Abs. 2 eine unwiderlegbare Vermutung ab.

9 BGE 62 III 205; Guldener 202, Hasenböhler, Säumnis 13, Kamber 41.

10 Anstatt vieler ZGE 26.2./20.5.1976.

11 Vorne § 15 III bei Anm. 11.

in der Sache selbst vor, welches im Anschluss an eine gesetzwidrige Ediktalladung ergangen ist, so steht dem Beschwerten einmal die Einrede aus Art. 81 SchKG zu¹². Ferner ist bei einem Versäumnisurteil das Aufhebungsbegehren möglich¹³. Schliesslich dienen auch die gegen das Sachurteil zu Gebote stehenden Rechtsmittel der Anfechtung ungehöriger Ediktalladungen¹⁴.

Die mit der Ediktalladung verbundenen rechtlichen Wirkungen treten nur ein, wenn die Vorladung rechtmässig erfolgt ist¹⁵. Dies gilt jedoch nicht uneingeschränkt. Macht der Betroffene die mangelhafte Vorladung nicht geltend, obwohl er dazu die Möglichkeit hätte, oder nimmt er widerspruchslös an der Tagfahrt teil, so wird dadurch der Mangel geheilt¹⁶.

§ 17 *Der weitere Prozessverlauf im Anschluss an eine Ediktalladung*

I Bei Erscheinen der öffentlich vorgeladenen Partei

Erscheint die öffentlich vorgeladene Partei zur angekündigten Tagfahrt, so liegt es nach Art. 66 Abs. 2 ZPO im Ermessen der zuständigen Instanz, ob sie sofort auf die Streitsache eintreten oder die Parteien zuerst an das Vermittleramt weisen will.

Erklären beide Parteien, dass eine Vermittlung ohne grossen Nutzen sei, so wird das Gericht in der Regel auf eine Vermittlung verzichten¹. Der Prozess wird durchgeführt, wie wenn bereits eine Vermittlung stattgefunden hätte².

Wenn Aussicht auf Einigung besteht oder wenn der öffentlich vorgeladene unvorbereitet zur Verhandlung erscheint, ist es zweckmässig, die Parteien zuerst an das Vermittleramt zu weisen³. Zu beachten ist, dass der Prozess bereits streitanhängig ist; daran kann auch die nachträglich anberaumte Vermittlung nichts ändern⁴.

II Bei Ausbleiben der öffentlich vorgeladenen Partei

Wenn die ediktal geladene Partei nach Ablauf der Respektstunde zur angesetzten Verhandlung noch nicht erschienen ist, findet das Versäumnisverfahren statt. Das

12 BGE 56 I 94 Erw. 2; Fritzsche I 143.

13 ZPO 131 Abs. 1 Ziff. 8; hinten § 19.

14 Bühler 364a, Guldener, Nichtigkeitsbeschwerde 102, Kamber 102 f.

15 BGE 64 III 42; Hasenböhler, Säumnis 13, Hauser/Hauser 664, Kamber 102.

16 Hasenböhler, Säumnis 13 f., Kamber 106 f.; vgl. auch ZGE 23.11.1950.

1 ZGE 4.9.1969.

2 ZGE 4.9.1969.

3 ZGE 7.3.1957.

4 ZGE 7.3.1957.

Versäumnisverfahren im Anschluss an eine Ediktalladung weist zwei Besonderheiten auf⁵. Bereits das erste Ausbleiben führt zum Eintritt des Versäumnisverfahrens; zudem weichen die Versäumnisfolgen für den ediktal vorgeladenen Beklagten von den sonst üblichen Versäumnisfolgen nach Art. 128 Abs. 1 Ziff. 2 ZPO ab.

⁵ Dazu ausführlich hinten § 20 III C.

2. Kapitel

Das Begehren um Aufhebung eines Versäumnisurteils

§ 18 Zweck des Begehrens

Im Zivilprozess ist es weitgehend Sache der Parteien, den Prozessstoff zusammenzutragen¹. Die Glarner Zivilprozessordnung kennt aber, wie die anderen kantonalen Zivilprozessgesetze auch, praktisch keine Bestimmungen, die die Vornahme der zur Sammlung des Prozessmaterials notwendigen Handlungen den Parteien zur prozessualen Pflicht macht. Die Parteien können weder polizeilich vorgeführt, noch durch Strafandrohungen zur Mitwirkung am Prozess gezwungen werden². Damit eine Partei den Zweck des Zivilprozesses, die Wahrheitsfindung, nicht hintertreiben kann, müssen die Zivilprozessordnungen Vorkehrungen treffen, dass ein einmal angehobener Rechtsstreit trotz Untätigkeit einer Partei seinen Abschluss finden kann. Kein Zivilprozessgesetz kommt darum herum, an das Untätigsein prozessuale Nachteile zu knüpfen³.

Andererseits können gerade die vom Gesetz angedrohten Versäumnisfolgen zu einem der Wahrheit widersprechenden Entscheid führen. Auch hängt die Durchführung des Versäumnisverfahrens nicht von einem etwaigen Verschulden des Ausgebliebenen ab. Die Glarner Zivilprozessordnung stellt nicht darauf ab, ob es dem Nichterschienenen überhaupt möglich war, an der Verhandlung teilzunehmen. Der Umstand, dass eine Partei ohne ausreichende Entschuldigung der Verhandlung ferngeblieben ist, genügt für den Eintritt des Versäumnisverfahrens⁴.

Diese mit dem Versäumnisverfahren verbundenen Gefahren können dem Zweck des Zivilprozesses zuwiderlaufen. Um hier einen Ausgleich zu schaffen, bietet das Begehren um Aufhebung eines Versäumnisurteils⁵ dem Säumigen nun unter gewissen Voraussetzungen die Möglichkeit, die infolge der Versäumnis eingetretenen Prozessnachteile zu beheben und den Prozess in die Lage zurückzusetzen, in der er sich vor der Versäumnis befunden hat.

1 Guldener 135, Walder 187.

2 Kummer 90. Lediglich im Ehescheidungsprozess können im Kanton Glarus wohnhafte Parteien polizeilich vorgeführt werden, ZPO 273 Abs. 2.

3 Ist das Untätigsein lediglich mit prozessualen Nachteilen verbunden, so spricht man von einer prozessualen Last der Parteien, Kummer 90.

4 Vgl. hinten § 20 III A 3.

5 Oft auch Wiederherstellung (*restitutio in integrum*), Wiedereinsetzung in den vorigen Stand oder Reinigung (*Purgation*) genannt, Caliezi 34 Anm. 7.

§ 19 *Versäumnisurteile als Gegenstand des Aufhebungsbegehrens*

Das Begehren um Aufhebung eines Versäumnisurteils dient, wie schon aus dem Namen hervorgeht, nur der Anfechtung von Versäumnisurteilen, welche das Gericht im Versäumnisverfahren gemäss Art. 126 ff. ZPO erlassen hat¹. Als Versäumnisurteile im Sinne von Art. 128 ZPO gelten auch Entscheide gegen ediktal vorgeladene Litiganten, die der Verhandlung ferngeblieben sind².

Die Ursache für ein Verfallungsurteil liegt meistens im Nichterscheinen zu einer Tagfahrt. Doch kann auch das Nichteinhalten einer Frist zum Versäumnisverfahren führen. Reichen Kläger oder Beklagter die Rechtsschriften im schriftlichen Verfahren nicht rechtzeitig ein, so erlässt die zuständige Instanz in Anwendung der allgemeinen Vorschriften über das Hauptverfahren ein Versäumnisurteil³.

Grundsätzlich ist jedes Versäumnisurteil mit dem Aufhebungsbegehren anfechtbar. Einzig im Falle von Art. 142 ZPO sieht das Gesetz eine Ausnahme von diesem Grundsatz vor. Peremptorisch vorgeladene Parteien, die sich der Ablehnung ihres Aufschubgesuches nicht fügen und sich weigern, in die Hauptsache selbst einzutreten, steht das Aufhebungsbegehren ausdrücklich nicht zu.

Da es im Aufhebungsverfahren einzig darum geht, ob der Verfallte sein Ausbleiben nachträglich zu entschuldigen vermag, und deshalb die materiellrechtliche Seite des Rechtsstreites nicht zur Sprache kommt⁴, ist es einleuchtend, dass auch Versäumnisurteile, die der Wahrheit entsprechen, Gegenstand dieses Rechtsbehelfes sind.

Die Nachholung unterlassener Prozesshandlungen⁵, die nicht zum Versäumnisverfahren nach Art. 126 ff. ZPO geführt haben, ist indes mit dem Aufhebungsbegehren nicht möglich⁶. In diesen Fällen ist der Saumselige auf den Rechtsbehelf der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand angewiesen, der allerdings im Glarner Zivilprozessgesetz nicht vorgesehen ist, von der Gerichtspraxis aber auch schon zugelassen worden ist⁷.

Im summarischen Verfahren steht das Aufhebungsbegehren ebenfalls nicht zur Verfügung. Der säumigen Partei wird eine Frist angesetzt, binnen welcher sie Einsprache gegen den auf einseitiges Vorbringen getroffenen Entscheid erheben und eine kontradiktorische Verhandlung verlangen kann⁸.

1 ZPO 130.

2 Statt vieler ZGE 26.2./20.5.1976.

3 Hinten § 20 III B.

4 OGE 17.12.1956.

5 Z.B. Nichteinhalten der Frist zur Zahlung des Vorschusses (ZPO 27 Abs. 2), der Frist zur Einreichung des Leitscheines (ZPO 86), der Rechtsmittelfristen etc.

6 OGE 27.10.1959, PV 27.6.1972.

7 Dieser Rechtsbehelf wird im 3. Kapitel dieses Abschnittes behandelt.

8 EG ZGB 2b Abs. 3, EG OR 2 Abs. 1; vgl. hinten § 35 III C bei Anm. 32.

§ 20 Voraussetzungen für den Erlass eines Versäumnisurteils

I Voraussetzungen der Versäumnis

Versäumnis einer zivilprozessualen Zeitbestimmung setzt voraus, dass das Gericht die betreffende Frist oder Tagfahrt gehörig angesetzt und mitgeteilt hat¹. Entspricht die Frist oder Tagfahrt nicht den Formen des Gesetzes, so kann man eigentlich nicht von Versäumnis sprechen², obwohl das Versäumnisverfahren³ Platz greifen kann.

II Zeitpunkt der Versäumnis

Eine Frist ist nach Art. 25 Abs. 8 ZPO versäumt, wenn eine Partei die befristete Handlung nicht spätestens vor dem jeweiligen Büroschluss des letzten Tages vorgenommen hat oder die Übergabe an die Post vor 24 Uhr des letzten Tages noch nicht erfolgt ist.

Als ausgeblieben gilt eine Partei, wenn sie nicht innerhalb einer Stunde (sog. Respektstunde) nach der in der Vorladung festgesetzten Zeit zur Verhandlung erschienen ist⁴.

III Versäumnisverfahren und Versäumnisfolgen

A Im mündlichen Hauptverfahren

1. Zum Hauptverfahren im allgemeinen

Der Glarner Zivilprozess wird von den Grundsätzen der Öffentlichkeit und Mündlichkeit sowie von der Verhandlungsmaxime beherrscht⁵. Daneben weist der Glarner Zivilprozess noch eine weitere Eigenheit auf. Die Beweisabnahme erfolgt anlässlich der Hauptverhandlung, gleich im Anschluss an die Parteivorträge, was bedingt, dass die Parteien den Prozess entsprechend auf die Hauptverhandlung vorbereiten müssen⁶. Ein Prozess vor den Glarner Zivilgerichten wickelt sich, anders aus-

1 Guldener 217 Anm. 29, Sträuli/Messmer N. 1 zu § 129 ZPO.

2 Guldener, Supplement II 49, Hauser/Hauser 763.

3 Vgl. ZPO 131 Abs. 1 Ziff. 8.

4 ZPO 128 Abs. 2.

5 Vgl. vorne § 3 I.

6 Landsgemeindememorial 1965, 50.

gedrückt, im allgemeinen an einer einzigen Tagfahrt ab⁷, so dass bei Ausbleiben einer peremptorisierten Partei in aller Regel Totalversäumnis vorliegt.

2. Erstmaliges Ausbleiben und dessen Folgen

a) *Abwesenheitsgründe*

Ausgeblieben ist im Glarner Zivilprozess eine Partei, wenn sie auch nach Ablauf der Respektstunde trotz Vorladung und Pflicht zum persönlichen Erscheinen nicht anwesend ist oder wenn in den übrigen Fällen, d.h. wenn keine Pflicht zur persönlichen Teilnahme besteht, weder die Partei noch deren Anwalt erschienen ist⁸. Des weiteren gilt als ausgeblieben, wer durch eigenes Verschulden in verhandlungsunfähigem Zustande erscheint⁹, wer nicht gehörig vertreten ist¹⁰, wer sich nicht zur Sache äussert¹¹ oder sich wieder von den Gerichtsschranken entfernt¹². Ausgeblieben ist eine Partei auch, wenn sie sich dem Entscheid, mit dem das Gericht ein Aufschubbegehren abgewiesen hat, nicht unterwirft¹³.

Erscheint aber einer der notwendigen Streitgenossen, so sind die anderen nicht als säumig zu betrachten¹⁴. Ebenso ist eine Hauptpartei nicht säumig, wenn Intervenant oder Litisdenunziat anwesend sind¹⁵. Bleibt der Anwalt einer Partei aus, so kann diese auf eigene Kosten die Verschiebung des Gerichtstermins verlangen¹⁶.

b) *Folgen des erstmaligen Ausbleibens*

aa) *Grundsatz*

Die unentschuldigt ausgebliebene Partei ist nach Art. 126 Abs. 2 ZPO zum Ersatz der durch ihre Abwesenheit dem Gericht und der Gegenpartei entstandenen Kosten verpflichtet, und zwar ohne Rücksicht auf den Ausgang des Prozesses. Dieser Ersatzpflicht liegt das Verursachungsprinzip, nicht etwa das Verschuldensprinzip zu

7 ZPO 153 Abs. 1.

8 ZPO 126 Abs. 1.

9 Hauser/Hauser 747.

10 ZGE 13.1.1977, 14.7.1938; Leuch N. 1 zu Art. 283 ZPO, a.A. Sträuli/Messmer N. 2 zu § 129 ZPO.

11 Guldener 217, Hauser/Hauser 747, Sträuli/Messmer N. 1 zu § 129 ZPO.

12 Hasenböhler, Säumnis 19.

13 ZPO 142.

14 ZGE 19.12.1957/30.1.1958; Leuch N. 2 zu Art. 283 ZPO, Sträuli/Messmer N. 1 zu § 129 ZPO.

15 Leuch N. 2 zu Art. 283 ZPO, Sträuli/Messmer N. 1 zu § 129 ZPO.

16 ZPO 127, vgl. auch ZGE 28.2.1957.

Grunde. Hingegen ist es nach der Glarner Gerichtspraxis nicht üblich, den Säumigen mit einer Ordnungsbusse zu belegen¹⁷.

Die durch die Abwesenheit der säumigen Partei dahingefallene Verhandlung wird zu einem späteren Zeitpunkt nachgeholt. Zu diesem Zwecke lädt das Gericht beide Parteien erneut vor. Als Folge des erstmaligen unentschuldigtem Nichterscheins wird die saumselige Partei peremptorisch vorgeladen, d.h. die Vorladung erfolgt unter der Androhung, dass bei nochmaligem unentschuldigtem Ausbleiben die Versäumnisfolgen eintreten¹⁸. Sind das erste Mal beide Parteien der Verhandlung unentschuldigt ferngeblieben, so sind die Versäumnisfolgen beiden anzudrohen. Die Androhung der Versäumnisfolgen ist notwendiger Bestandteil der peremptorischen Vorladung¹⁹. Weitere Nachteile sind mit dem erstmaligen Ausbleiben nicht verbunden. Insbesondere findet der Säumige den Prozess an der zweiten Verhandlung in der gleichen Lage vor wie zu Beginn der ersten²⁰.

bb) Ausnahme

Ausnahmsweise zieht bereits die erstmalige Abwesenheit das Versäumnisverfahren nach sich. Erscheint eine ediktal vorgeladene Partei nicht zur anberaumten Tagfahrt, so treffen sie bereits beim ersten Ausbleiben die vom Gesetz angedrohten Säumnisfolgen²¹. Der Gesetzgeber hat dem Umstand Rechnung getragen, dass die vorzuladene Partei von der Ediktalladung selten Kenntnis erhält, und daher eine dilatorische Ediktalladung nur zu einer unerwünschten Verzögerung des ganzen Prozesses führen würde.

Mittels Verweisung auf Art. 128 ZPO erklärt Art. 142 ZPO Parteien, die einen das Aufhebungsbegehren abweisenden Entscheid nicht respektieren, für säumig. Dies ist so zu verstehen, dass bei dilatorisch vorgeladenen Parteien das Gericht nochmals eine Verhandlung ansetzen muss, während bei peremptorisch vorgeladenen Parteien das Versäumnisverfahren stattfindet. Die Weigerung der dilatorisch vorgeladenen Partei, in die Hauptsache selbst einzutreten, führt demnach noch nicht zum Versäumnisverfahren, sonst wäre eine Partei, die sich immerhin noch die Mühe nimmt, an der Verhandlung zu erscheinen und ein Verschiebungsgesuch zu stellen, grundlos schlechter gestellt als eine Partei, die überhaupt dem Gerichtstermin fernbleibt. Art. 142 ZPO darf folglich nicht so aufgefasst werden, dass auch bei erstmals vorgeladenen Parteien sofort auf die Versäumnisfolgen zu erkennen sei.

17 Statt vieler OGE 21.6.1976, ZGE 11.8.1977, 30.9.1976, 11.3.1976 sowie eingehender ZGE 1.2.1973.

18 ZPO 128 Abs. 1. Eine peremptorische Vorladung ist aber nur unter der Voraussetzung statthaft, dass der Nichterschienene die erste Tagfahrt unentschuldigt oder nicht genügend entschuldigt versäumt hat (vgl. Wortlaut von ZPO 128 Abs. 1).

19 ZPO 58, 128 Abs. 1.

20 Sträuli/Messmer N. 7 zu § 129 ZPO.

21 ZPO 64 Abs. 3 Ziff. 4, 66 Abs. 1.

3. Versäumnisverfahren als Folge des zweiten Ausbleibens

Jede Partei kann einmal einer Verhandlung unentschuldigt fernbleiben, ohne Rechtsnachteile befürchten zu müssen. Mit dem ersten Ausbleiben sind lediglich Kostennachteile verbunden²². Da jeweils nur dem unentschuldigt Ausgebliebenen die Versäumnisfolgen angedroht werden, muss das Gericht u.U. drei Verhandlungen anberaumen, bis ein Versäumnisurteil möglich ist.

Erscheint eine Partei zum zweiten Mal unentschuldigt nicht an der Tagfahrt, so tritt das Versäumnisverfahren von Gesetzes wegen ein. Ist der Anwalt auch das zweite Mal säumig, so ist die betreffende Partei zur Teilnahme an der Verhandlung verpflichtet²³.

Das Versäumnisverfahren findet frühestens eine Stunde nach dem in der Vorladung angegebenen Zeitpunkt statt²⁴. Es spielt dabei keine Rolle, ob die ausgebliebene Partei am Erscheinen verhindert war oder nicht. Es genügt, dass der Säumige seine Abwesenheit bis nach Ablauf der Respektstunde nicht oder nicht ausreichend entschuldigt hat²⁵. Das Begehren um Aufhebung eines Versäumnisurteils gibt dem Säumigen aber die Möglichkeit, nachträglich noch einen der acht Entschuldigungsgründe geltend zu machen und die Aufhebung der Versäumnisfolgen zu verlangen. Ist es gerichtsnotorisch, dass auf die abwesende Partei ein Entschuldigungsgrund zutrifft, hat es keinen Zweck, das Versäumnisverfahren durchzuführen; vielmehr ist die Verhandlung zu verschieben²⁶.

Voraussetzung für das Versäumnisverfahren und Versäumnisurteil ist aber nicht nur das zweimalige unentschuldigte Ausbleiben einer Partei. Das Gericht hat sich auch davon zu vergewissern, ob die Prozessvoraussetzungen²⁷ vorhanden sind und ob der Abwesende gehörig vorgeladen²⁸ worden ist. Liegen diese Voraussetzungen vor, so findet das Versäumnisverfahren statt. Dieses ist durch die Tatsache charakterisiert, dass das Gericht allein mit der anwesenden Partei, also unter Ausschluss des Säumigen, die anberaumte Tagfahrt durchführt und ein Versäumnisurteil erlässt. Das Versäumnisverfahren bezweckt die materielle Erledigung des angehobenen Prozesses trotz Untätigkeit einer Partei.

22 Abgesehen vom Ausbleiben nach einer Ediktalladung.

23 ZPO 128 Abs. 3.

24 ZPO 128 Abs. 2.

25 Vgl. Wortlaut von ZPO 128 Abs. 1.

26 Leuch N. 1 zu Art. 283 ZPO, Rosenberg/Schwab 581; vgl. auch ZPO 131 Abs. 2.

27 Guldener 219 Anm. 34c, Rosenberg/Schwab 581, Sträuli/Messmer N. 2 zu § 129 ZPO.

28 Hauser/Hauser 753, Sträuli/Messmer N. 1 zu § 129 ZPO.

4. Versäumnisfolgen

a) *Im allgemeinen*

aa) *Bei Versäumnis des Klägers*

Zweimaliges unentschuldigtes Ausbleiben hat für den Kläger die Abweisung seiner Klage zur Folge²⁹. Die klagende Partei unterliegt von Gesetzes wegen vollständig mit ihrem Rechtsbegehren. Klagt sie später den gleichen Anspruch nochmals ein, so kann der Beklagte mit Erfolg die Einrede der abgeurteilten Sache erheben.

bb) *Bei Versäumnis des Beklagten*

Bei Versäumnis des Beklagten sieht die Zivilprozessordnung nicht ein vollständiges Unterliegen des Beklagten vor, droht sie doch nicht die Gutheissung des klägerischen Begehrens an. Eine solche Androhung war noch in der alten Zivilprozessordnung enthalten³⁰. Die heute in Kraft stehende Zivilprozessordnung sieht lediglich vor, dass der Beklagte die tatsächlichen Klagegründe anerkenne und auf Einreden verzichte³¹. Das Gesetz begnügt sich mit einer sog. Geständnisfiktion. Aber auch diese Regelung wird meistens zum Unterliegen des säumigen Beklagten führen, doch ist ein Obsiegen durchaus möglich³².

In Prozessen, die der Verhandlungsmaxime unterstehen, sind nach Art. 160 ZPO nur die erheblichen und streitigen Tatsachen beweisbedürftig. An unbestrittene Tatsachen ist der Richter gebunden, er muss sie als wahr annehmen. Die Fiktion der "Anerkennung der tatsächlichen Klagegründe" wirkt sich nun dahin aus, dass das tatsächliche Vorbringen des Klägers als unbestritten gilt und folglich nicht bewiesen werden muss. Der Richter überprüft das Klagebegehren nur auf seine rechtliche Schlüssigkeit hin³³. Immerhin muss er vom Kläger vorgebrachte, aber für den Beklagten vorteilhafte Tatsachen entsprechend würdigen³⁴. Die Annahme, der Beklagte verzichte auf Einreden, bezieht sich nur auf solche, die das Gericht nicht von Amtes wegen berücksichtigen muss³⁵.

29 ZPO 128 Abs. 1 Ziff. 1.

30 § 125 Abs. 1 lit. b der ZPO vom 4. Mai 1930. Diese Androhung hatte aber keine Geltung für Prozesse mit Offizialmaxime, ZGE 7.3.1957, 20.5.1946.

31 ZPO 128 Abs. 1 Ziff. 2.

32 Vgl. Bsp. 149 bei Walder 388.

33 Guldener 219 Anm. 34 f., Sträuli/Messmer N. 2 zu § 131 ZPO, vgl. auch ZGE 24.3.1976, 9.10.1975.

34 Sträuli/Messmer N. 2 zu § 131 ZPO, Walder, Offizialmaxime 35.

35 BGE 76 II 299 f.; Walder, Prozesserledigung 140.

cc) *Bei Ausbleiben beider Parteien*

Die Glarner Zivilprozessordnung enthält für den Fall, dass sowohl der Kläger als auch der Beklagte ausbleiben, obwohl beide peremptorisch vorgeladen sind, keine ausdrückliche Regelung. Das Gericht hat aber auch in diesem Fall die Abweisung der Klage auszusprechen³⁶. Vom Kläger darf verlangt werden, dass er sich um das Schicksal der von ihm eingereichten Klage kümmert. Er ist es, der einen Prozess jeweils einleitet. Ihm obliegt es deshalb in erster Linie, unabhängig vom Verhalten des Beklagten, die anhängiggemachte Klage weiterzuverfolgen. Zeigt er sich im Verlaufe des Prozesses an der Gutheissung seiner Klage desinteressiert, so bedarf er keinerlei Schonung, und er hat die vom Gesetz für den Kläger vorgesehene Versäumnisfolge in Kauf zu nehmen. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass der Beklagte ebenfalls zweimal unentschuldigt ausgeblieben ist. Denn es ist nicht einzusehen, weshalb ein Unterschied zu machen ist, ob der Beklagte erschienen ist oder nicht; in beiden Fällen handelt es sich um Kläger, die durch ihr zweimaliges unentschuldigtes Ausbleiben ihr Desinteresse an der Klage zur Genüge kundgetan haben. Abschreibung der Klage mit der Möglichkeit, sie später erneut geltend zu machen, wie dies beispielsweise im St. Gallischen Zivilprozess³⁷ vorgesehen ist, kommt deshalb als Lösung für die heute geltende Zivilprozessordnung nicht in Betracht.

b) *Bei Prozessen mit Offizialmaxime*

Auch in Prozessen, die unter der Offizialmaxime stehen, sind Versäumnisfolgen zulässig, doch erfahren diese, dem Sinn der Offizialmaxime entsprechend, gewisse Abweichungen. Versäumnis des Klägers zieht auch im Bereich der Offizialmaxime die Abweisung der Klage nach sich, steht doch die Klageerhebung im freien Belieben der klägerischen Partei³⁸. Bei Versäumnis des Beklagten gilt hingegen die gesetzliche Fiktion, der Beklagte anerkenne die tatsächlichen Klagegründe und verzichte auf Einreden, nicht³⁹. Der Richter ist bei der Offizialmaxime verpflichtet, die klägerischen Tatsachenbehauptungen auf ihre Wahrheit und Vollständigkeit hin zu überprüfen, denn der Kläger bleibt für die vorgebrachten Tatsachen beweispflichtig. Der säumige Beklagte ist lediglich von der Stellungnahme zum klägerischen Vorbringen und der Geltendmachung subjektiver Rechte ausgeschlossen⁴⁰.

36 Vgl. Zurich ZPO 129 Abs. 1, wo bei Ausbleiben beider Parteien im mündlichen Verfahren ausdrücklich der Rückzug der Klage angedroht wird.

37 St. Gallen ZPO 367 Abs. 2 Ziff. 2; Diener 45.

38 ZGE 2.5.1974; Guldener 219 Anm. 35, Walder, Offizialmaxime 35 f., für Ehescheidungsprozesse Bühler 360a f.

39 ZGE 30.10./6.11.1975, 7.6.1973; Guldener 219 Anm. 35, Walder, Offizialmaxime 35.

40 Guldener 219 Anm. 35, Sträuli/Messmer N. 5 zu § 131 ZPO, Wiget 335 Anm. 24.

5. Besonderheit bei Ehescheidungsprozessen

In Ehescheidungsprozessen ist das Versäumnisverfahren erst zulässig, wenn die zum zweiten Mal unentschuldigt ausgebliebene Partei nicht zum persönlichen Erscheinen gezwungen werden kann⁴¹. Die Möglichkeit einer polizeilichen Vorführung besteht nur gegenüber Parteien, die im Kanton Glarus wohnhaft sind⁴². Ob diese Zwangsmassnahme auch gegenüber säumigen Klägern anzuwenden ist, was nach dem Gesetzeswortlaut zutrifft, erscheint fragwürdig, liegt es doch nicht im öffentlichen Interesse, Scheidungen auszusprechen, schon gar nicht dann, wenn nicht einmal der Kläger Interesse an der Gutheissung seiner Klage zeigt.

B Im schriftlichen Verfahren

Im Glarner Zivilprozess herrscht der Grundsatz der Mündlichkeit. Das schriftliche Verfahren tritt nur dann ein, wenn die Streitsache wegen ihrer Weitläufigkeit mehr als eine mündliche Verhandlung beansprucht⁴³. Das Gesetz sieht nun für das schriftliche Verfahren keine besonderen Versäumnisfolgen vor. Daher finden die allgemeinen Vorschriften über das mündliche Hauptverfahren sinngemässe Anwendung⁴⁴.

Reicht der Kläger die Klagebegründung innert der anberaumten Frist nicht ein, so setzt ihm der Richter nach geltender Rechtsprechung⁴⁵ nochmals eine Frist an, unter der Androhung, dass bei unbenütztem Ablauf dieser Frist die Klage abgewiesen werde. Geht das Gericht gemäss dieser Androhung vor, so fällt auch die mündliche Verhandlung für Replik und Duplik dahin. Bei Untätigkeit des Beklagten wird in analoger Weise vorgegangen mit dem Unterschied, dass die Geständnisfiktion angedroht wird.

An den einmaligen Schriftenwechsel schliesst sich in der Regel eine mündliche Verhandlung an, die der Replik und Duplik dient⁴⁶. Erscheint eine Partei zweimal nicht zu dieser Verhandlung, so ginge es zu weit, wenn die in Art. 128 Abs. 1 ZPO vorgesehenen Versäumnisfolgen eintreten würden. Das Ausbleiben ist vielmehr als Verzicht auf Replik bzw. Duplik zu werten⁴⁷. Es liegt in diesem Fall keine Totalversäumnis vor, denn die nichterschienene Partei hat die wesentlichen tatsächlichen

41 ZPO 274 Abs. 2. Nach Bühler (S. 362a) besteht für den Richter bei säumigen Scheidungsbeklagten in erster Linie die Pflicht, wenn möglich ein Kontumazialverfahren zu verhindern.

42 ZPO 273 Abs. 2.

43 Vgl. vorne § 3 I B.

44 ZPO 155 Abs. 1.

45 OGE 10.7.1951, ZGE 18.9.1975, 13.12.1973. Zürich ZPO 130 sieht bei Untätigkeit des Klägers im schriftlichen Verfahren andere Versäumnisfolgen vor als im mündlichen Prozess.

46 ZPO 158.

47 Ebenso Rascher 70, Sträuli/Hauser N. 2 zu a § 153 ZPO.

und rechtlichen Ausführungen bereits mit der Klagebegründung bzw. Klageantwort vorgebracht. So kann beispielsweise der Beklagte in der Duplik keine neuen Tatsachen und Rechtsgründe mehr geltend machen⁴⁸. Die Situation ist hier anders als beim rein mündlichen Prozess. Ein Hinwegsetzen über die Ausführungen in der Rechtschrift würde daher auf eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs hinauslaufen.

C Versäumnisverfahren im Anschluss an eine Ediktalladung

Erscheint eine öffentlich vorgeladene Partei nicht zur Verhandlung, so tritt das Versäumnisverfahren ein, jedoch mit gewissen, nicht unbedeutenden Abweichungen gegenüber dem ordentlichen Versäumnisverfahren. Einmal erfolgt keine zweite Vorladung, sondern bereits die erste enthält die Androhung der Versäumnisfolgen⁴⁹, weshalb schon das erste Fernbleiben einer ediktal vorgeladenen Partei zum Kontumazialverfahren führt.

Ein wesentlicher Unterschied besteht auch hinsichtlich der Versäumnisfolgen. Das Gesetz sieht bei Ausbleiben des Beklagten vor, dass es dem Richter freistehe, "den Verzicht auf Einreden und Anerkennung der tatsächlichen Klagegründe anzunehmen, sowie lediglich auf Grund der Akten zu entscheiden"⁵⁰. Der Kläger bleibt von der Beweispflicht nur insoweit befreit, als der Richter entsprechend dieser Androhung vorgeht⁵¹. Die Gegenpartei hat bei Abwesenheit des öffentlich vorgeladenen Litiganten "den Prozess gleich zu führen wie im Normalfalle, und der Richter nimmt Beweis ab, soweit er nicht darauf verzichten will"⁵². Diese besondere Ausgestaltung stellt ein Abweichen von der Verhandlungsmaxime dar, weil der Richter auch Beweise von Amtes wegen erheben kann. Doch hat der ausgebliebene Beklagte keinen Anspruch auf Durchführung eines Beweisverfahrens, da es im Ermessen des Gerichtes liegt, wie weit es in dieser Hinsicht gehen will. Überhaupt billigt das Gesetz dem Richter einen grossen Spielraum zu, der nach dem Wortlaut vom Verzicht auf jeglichen Beweis bis zur vollständigen Beweisführung reichen kann. Die richterliche Prüfung umfasst hier auch die tatsächliche Seite des Rechtsstreites, nicht nur die rechtliche wie beim sonst üblichen Versäumnisverfahren. Wie weit der Richter auf die Tatsachenüberprüfung und Beweisabnahme verzichten will, dürfte nicht zuletzt davon abhängen, ob im betreffenden Prozess die Verhandlungs- oder Officialmaxime zum Zuge kommt. Bei der Officialmaxime ist das Gericht sowieso verpflichtet, das Vorbringen des Klägers in tatsächlicher Hinsicht auf seine Richtigkeit hin zu überprüfen. Im Bereich der Verhandlungsmaxime dürfte sich die Beweisab-

48 ZPO 150 Abs. 2.

49 ZPO 64 Abs. 3 Ziff. 4, 66 Abs. 1.

50 ZPO 64 Abs. 3 Ziff. 4.

51 ZPO 66 Abs. 1.

52 Landsgemeindememorial 1965, 55.

nahme des Richters wohl auf die wesentlichen Tatsachen beschränken, sowie auf solche, die ihm widersprüchlich und zweifelhaft erscheinen. Ein vollständiger Verzicht auf Beweisabnahme würde m.E. den Absichten, die den Gesetzgeber bewogen haben, diese abweichende Regelung einzuführen, zuwiderlaufen, es sei denn, dass der Abwesende mit seinem Verhalten den Prozess zu hintertreiben versucht. Der Gesetzgeber wollte mit der Änderung die Wahrscheinlichkeit erhöhen, dass das Urteil der wirklichen Rechtslage entspricht, weil den Beklagten in vielen Fällen keine Schuld trifft, dass er von der Ediktalladung keine Kenntnis erhält und sein Aufenthaltsort der Gegenpartei nicht bekannt ist⁵³. Deshalb rechtfertigt sich eine mildere Behandlung als beim sonst üblichen Versäumnisverfahren, wo eine Partei, der das Gericht die Vorladungen zustellen konnte, ausbleibt. Diese weniger weit gehenden Versäumnisfolgen ändern aber nichts daran, dass auch dem ediktal Vorgeladenen das Aufhebungsbegehren zusteht.

D Im beschleunigten Verfahren

Im beschleunigten Verfahren gelten die bestehenden Vorschriften der Zivilprozessordnung, soweit nicht das SchKG und das kantonale Einführungsgesetz zum SchKG etwas anderes vorschreiben⁵⁴. Das Einführungsgesetz enthält über die Versäumnis der Parteien keine Regelung. Infolgedessen findet das Versäumnisverfahren in gewöhnlicher Weise mit zweimaliger Vorladung der ausgebliebenen Partei statt⁵⁵. De lege ferenda wäre zu prüfen, ob nicht im beschleunigten Verfahren bereits die erste Vorladung peremptorisch erfolgen sollte⁵⁶, entspricht doch eine rasche Erledigung des Prozesses dem Zweck dieses Verfahrens.

E Im Appellationsverfahren

Das Berufungsverfahren wickelt sich nach den Vorschriften über das erstinstanzliche Verfahren ab, sofern das Gesetz nichts anderes bestimmt⁵⁷. Da der Gesetzgeber auf eine abweichende Regelung verzichtet hat, bleibt das Versäumnisverfahren das gleiche wie vor erster Instanz. Auch im Appellationsverfahren ist erst die zweite Vorladung peremptorisch. Zweimaliges unentschuldigtes Nichterscheinen

53 Landsgemeindememorial 1965, 55.

54 EG SchKG 27.

55 ZGE 16.3.1935.

56 So Zürich ZPO 129 Abs. 2 Ziff. 1.

57 ZPO 314.

führt zur Abweisung der Berufung⁵⁸. Die bei Versäumnis des Berufungsbeklagten vorgesehene Geständnisfiktion bezieht sich nur auf Tatsachen, die der Berufungskläger erstmals geltend macht und die nicht den erstinstanzlichen Akten widersprechen. Im übrigen entscheidet das Obergericht aufgrund des klägerischen Vorbringens in zweiter Instanz unter Berücksichtigung der gesamten Akten⁵⁹.

IV Das Versäumnisurteil

Als Versäumnisurteil wird jedes Urteil bezeichnet, "das gegen die säumige Partei auf Grund der Säumnis ergeht"⁶⁰. Ein Urteil gegen einen Abwesenden, das nicht im Verfahren nach Art. 128 Abs. 1 ZPO erlassen wird, sondern etwa auf dem Fehlen einer Prozessvoraussetzung⁶¹ beruht, stellt kein Versäumnisurteil dar. Gegen einen solchen Entscheid ist das Aufhebungsbegehren nicht zulässig.

Das Versäumnisurteil unterscheidet sich vom kontradiktorischen Sachentscheid darin, dass es unter Ausschluss der untätigen Partei mit vom Gesetz vorgeschriebenen Versäumnisfolgen zustandekommt und der Anfechtung durch einen besonderen Rechtsbehelf, dem Begehren um Aufhebung eines Versäumnisurteils, unterliegt. Im übrigen zeitigt es die gleichen Wirkungen wie ein kontradiktorisches Urteil, insbesondere ist es der Rechtskraft fähig und unterliegt der Anfechtung durch die Rechtsmittel⁶². Es ist beiden Parteien eingeschrieben zuzustellen. Bei unbekannter Abwesenheit des Adressaten ist die Publikation im kantonalen Amtsblatt anzuordnen⁶³.

§ 21 Die Rechtsbehelfe gegen ein Versäumnisurteil

I Für die nichtsäumige Partei

Ein Versäumnisurteil ist nur gegenüber der nichterschiedenen Partei möglich. Für die nichtsäumige Partei ist ein Urteil im Versäumnisverfahren ein Entscheid wie jeder andere kontradiktorische auch. Das Begehren um Aufhebung eines Versäumnis-

58 OGE 21.6.1976, 10.2.1959, 11.10.1950. Nach OGE 15.4.1964 ist der Rückzug der Appellation anzudrohen. Dies ist nicht ganz korrekt (vgl. ZPO 128 Abs. 1 Ziff. 1 "Abweisung der Klage"), im Ergebnis aber gleich.

59 Akeret 78 f., 96, Hasenböhler, Säumnis 48, Rascher 40.

60 Rosenberg/Schwab 586.

61 Ein Versäumnisurteil ist nur zulässig, wenn die Prozessvoraussetzungen vorhanden sind, Akeret 63, Guldener 219 Anm. 34e, Rosenberg/Schwab 586.

62 ZPO 133 Abs. 2, 15 Abs. 1 Ziff. 5.

63 ZPO 129.

urteils steht daher nur der säumigen Partei offen¹, während die nichtsäumige die im konkreten Fall zu Gebote stehenden Rechtsmittel ergreifen kann.

II Für die säumige Partei

A Rechtsmittel

Der säumigen Partei stehen dieselben Rechtsmittel zur Verfügung wie der nicht-säumigen². Der Verfallte kann auf das Aufhebungsbegehren verzichten und den nachteiligen Entscheid direkt mit dem im konkreten Fall zulässigen Rechtsmittel rügen.

B Begehren um Aufhebung eines Versäumnisurteils

Neben den Rechtsmitteln dient im Glarner Zivilprozess auch noch das Aufhebungsbegehren der Anfechtung von Versäumnisurteilen. Die untätige Partei verfügt im Gegensatz zum Nichtsäumigen über beide Rechtsbehelfe³. Das Aufhebungsbegehren bezweckt die Zurücksetzung des Prozesses in die Lage vor dem Eintritt der Versäumnis, ohne dass dabei die materiellrechtliche Seite des Rechtsstreites zur Sprache kommt. Dieser zusätzliche Rechtsbehelf ist gerechtfertigt, weil das Gesetz die Versäumnisfolgen unabhängig davon eintreten lässt, ob der weggebliebenen Partei ein Erscheinen überhaupt möglich war oder nicht.

C Regelung in anderen Kantonen

Einzelne Kantone⁴ kennen wie der Kanton Glarus diesen besonderen Rechtsbehelf, dessen Erfolg vom Nachweis eines ausreichenden Entschuldigungsgrundes abhängt. Während in der Glarner Zivilprozessordnung die Wiederherstellungsgründe abschliessend aufgezählt sind, begnügen sich andere Kantone mit einer allgemeinen Umschreibung⁵.

1 ZPO 130 Abs. 1; Walder, Augenscheingericht 171 Anm. 87.

2 ZPO 15 Abs. 1 Ziff. 5; OGE 2.6.1948. Der gemeinrechtliche Satz "contumax non appellat" gilt nicht mehr.

3 OGE 2.6.1948, ZGE 1.2.1973.

4 Appenzell I. Rh. ZPO 234 Abs. 1, 289 ff., St. Gallen ZPO 442 ff., Uri ZPO 217 f.

5 Nach Uri ZPO 218 Ziff. 2 wird beispielsweise ein Versäumnisurteil aufgehoben, "wenn die säumige Partei glaubhaft macht, dass sie durch erhebliche Umstände verhindert war, früher ihre Rechtsvorkehren zu treffen".

Einige Kantone⁶ wiederum sehen für die Beseitigung der Versäumnisfolgen den Einspruch gegen das Versäumnisurteil vor. Der Einspruch unterscheidet sich in grundlegender Weise vom Aufhebungsbegehren der Glarner Zivilprozessordnung, ist doch beim Einspruch kein Nachweis eines Entschuldigungsgrundes nötig. Vielmehr muss das Gericht das Versäumnisurteil aufgrund eines rechtmässig erhobenen Einspruches aufheben. Ob die ausgebliebene Partei an der Säumnis ein Verschulden trifft, bleibt beim Einspruch völlig belanglos⁷.

Eine letzte Gruppe von Kantonen weist keinen besonderen Rechtsbehelf auf, der sich nur gegen Versäumnisurteile richtet. In diesen Kantonen dient die Wiederherstellung ganz allgemein zur Nachholung versäumter Parteihandlungen, ohne dass darauf abgestellt würde, ob die versäumte Parteihandlung zu einem Versäumnisurteil geführt hat oder nicht⁸.

III Konkurrenz zwischen Aufhebungsbegehren und Rechtsmitteln

Der Verfallte kann ein Versäumnisurteil sowohl mit dem Aufhebungsbegehren als auch mit den Rechtsmitteln anfechten⁹. Auch kann ein Urteil, welches das klägerische Rechtsbegehren trotz der angedrohten Versäumnisfolgen nur teilweise schützt, den erschienenen Kläger und den abwesenden Beklagten beschweren¹⁰. So ist es durchaus möglich, dass gleichzeitig das Aufhebungsbegehren und ein Rechtsmittel eingelegt werden. In diesem Falle drängt sich zuerst die Erledigung des Aufhebungsbegehrens auf. Falls nämlich die säumige Partei mit ihrem Aufhebungsbegehren durchdringt, wird das Rechtsmittel gegenstandslos, da das Versäumnisurteil gar nicht mehr besteht. Der Aufschub des Rechtsmittelverfahrens ist nicht nur aus prozessökonomischen Gründen am Platze, sondern auch aus der Erwägung heraus, dass durch dieses Vorgehen zwei sich widersprechende Entscheide vermieden werden.

6 Z.B. Graubünden ZPO 145.

7 Caliezi 47 ff., Guldener 222.

8 Bern ZPO 288, Schwyz Gerichtsordnung 129 Abs. 1, Zürich Gerichtsverfassungsgesetz 199 f.

9 OGE 2.6.1948.

10 Die umgekehrte Konstellation ist nicht möglich, da der säumige Kläger von Gesetzes wegen mit seiner Klage abgewiesen wird.

§ 22 Die acht Entschuldigungsgründe

I Bedeutung der Entschuldigungsgründe

Erscheint eine Partei trotz peremptorischer Vorladung nicht zur Verhandlung, so tritt das Versäumnisverfahren ein, auch wenn dem Abwesenden eine Teilnahme überhaupt nicht möglich gewesen ist. Die Zivilprozessordnung stellt daher einen Rechtsbehelf zur Verfügung, mit dem der Ausgebliebene die mit der Versäumnis verbundenen Nachteile rückgängig machen kann. Voraussetzung für die Wiederherstellung des früheren Zustandes ist allerdings nach Art. 130 Abs. 1 ZPO der Nachweis eines Entschuldigungsgrundes.

Die Glarner Zivilprozessordnung kennt acht Entschuldigungsgründe, von denen sieben bereits seit 1837 im Gesetz enthalten sind¹. Die Aufzählung dieser Entschuldigungsgründe in Art. 131 Abs. 1 ZPO ist nicht etwa exemplikativ, sondern abschliessend². Dies birgt die grosse Gefahr in sich, dass einer Partei trotz unverschuldeter Versäumnis das Aufhebungsbegehren nicht zusteht, nur weil die Ursache ihres Ausbleibens nicht unter einen der acht Wiederherstellungsgründe subsumiert werden kann. Diesem Umstand ist namentlich bei der Auslegung des Begriffes "Fälle höherer Gewalt"³ Rechnung zu tragen.

Der Nachweis eines Entschuldigungsgrundes führt auch dann zum Erfolg, wenn es der verfallten Partei möglich gewesen wäre, das Gericht rechtzeitig vom Ausbleiben in Kenntnis zu setzen. Das Gesetz enthält nirgends einen Hinweis darauf, dass ein Entschuldigungsgrund nur dann ausreichend ist, wenn die Partei ihr Fernbleiben dem Gericht nicht vor der Tagfahrt mitteilen konnte. Bei Militärdienst oder unverschiebbaren amtlichen Verrichtungen dürfte beispielsweise in den meisten Fällen eine frühzeitige Benachrichtigung des Gerichtes möglich sein. Trotzdem tut eine Partei gut daran, sich rechtzeitig zu entschuldigen im Hinblick auf die Kostennachteile, welche die unnütze Tagfahrt oder das Aufhebungsverfahren mit sich bringen.

Die Entschuldigungsgründe gelten für das Ausbleiben von Richtern, Sachverständigen, Zeugen, Parteien und Anwälten⁴. Neben dem Versäumnisverfahren sind sie ganz allgemein für das Ausbleiben vor Gericht oder Vermittlung sowie für das Verschieben von Tagfahrten bedeutsam⁵. Für Parteien und Anwälte haben drei Entschuldigungsgründe allerdings nur beschränkte Wirksamkeit. Nach Art. 131 Abs. 2 ZPO tritt nämlich bei kurzer, vorübergehender Krankheit, bei kurzer Landesabwesenheit und bei unaufschiebbaren amtlichen Verrichtungen von kurzer Dauer

1 Vgl. § 147 der ZPO vom 9. Juli 1837. Der Grund "Militärdienst" wurde 1895 ins Gesetz aufgenommen.

2 ZGE 3./27.6.1957.

3 ZPO 131 Abs. 1 Ziff. 5.

4 ZPO 131 Abs. 1 und 2.

5 Vgl. ZPO 69, 98 Abs. 1, 187, 215 Abs. 2, 216 Abs. 2, 286 Abs. 2.

eine bloss Verschiebung der Tagfahrt ein⁶. Diese Regelung erscheint nicht auf den ersten Blick als klar. Der Gesetzgeber⁷ hat sie als Sicherung eingebaut, damit auch bei längerer Krankheit, Abwesenheit oder Beanspruchung durch eine Beamtung die Gegenpartei einen Prozess durchführen kann. Sollte für längere Zeit eine Teilnahme nicht möglich sein, so verlieren Krankheit, Abwesenheit und Beamtung bei Parteien und Anwälten ihre Berechtigung als Entschuldigungsgründe. Um keinen Rechtsnachteil zu erleiden, ist eine Partei in solchen Fällen gehalten, einen Vertreter zu bestimmen, der sie vor Gericht vertritt. Die Wendung "blosse Verschiebung" in Art. 131 Abs. 2 ZPO besagt, dass sich Parteien und Anwälte mindestens einmal auf einen dieser drei Entschuldigungsgründe berufen können⁸. Ist jedoch für längere Zeit eine Teilnahme ausgeschlossen, so tritt nicht eine Verschiebung von unbestimmter Dauer ein, sondern es wird eine neue Verhandlung angesetzt, an der sich die Partei vertreten lassen muss, will sie nicht Rechtsnachteile in Kauf nehmen.

II Die einzelnen Entschuldigungsgründe

A Krankheit (ZPO 131 Abs. 1 Ziff. 1)

Hier handelt es sich um die Krankheit des Säumigen. Vorliegen muss eine Krankheit, welche die Teilnahme an der Verhandlung verunmöglicht oder aus gesundheitlichen Rücksichten nicht ratsam erscheinen lässt. Unter diesen Entschuldigungsgrund fällt auch unfallbedingtes Ausbleiben. Krankheit zählt zu den drei Entschuldigungsgründen, die bei Parteien und Anwälten nach Art. 131 Abs. 2 ZPO nur für bestimmte Zeit Gültigkeit haben. In der Regel ist sie mit einem ärztlichen Zeugnis zu belegen⁹.

6 Nach Art. 131 Abs. 2 tritt eine bloss Verschiebung ein:

1. bei kurzer, vorübergehender Krankheit, deren Heilung binnen bestimmter Frist voraussehen ist;
2. bei kurzer, nicht regelmässig wiederkehrender Landesabwesenheit bis auf höchstens zwei Wochen;
3. in der Regel lediglich bei unaufschiebbaren amtlichen Verrichtungen im Kanton Glarus oder im Wohnsitzkanton, ausserhalb des Kantons Glarus oder des Wohnsitzkantons nur bei kurzer Dauer und mit Ausschluss von standigen Beamtungen, die eine regelmässige und längere Entfernung vom Wohnsitz erfordern.

7 Dazu Landsgemeindememorial 1895, 10 ("Die neuen Bestimmungen bezwecken, dass der Rechtsgang möglichst befördert werden soll."), Bericht des Regierungsrates vom 10. Januar 1894 an den h. Landrat des Kantons Glarus über die Revision der Civilprozessordnung sowie den Sportelntarif zu derselben, 38 f.

8 Die gegenteilige Ansicht würde zu stossenden Ergebnissen führen. Wer sich beispielsweise drei Wochen im Urlaub befand, könnte sich nicht mehr auf den Grund "Landesabwesenheit" berufen, obwohl gar nie die Gefahr einer Prozessverschleppung bestand.

9 EF 13.3.1959.

B Landesabwesenheit (ZPO 131 Abs. 1 Ziff. 2)

Als landesabwesend gilt jeder, der sich bereits zur Zeit der Vorladungszustellung nicht mehr in seinem Wohnsitzkanton aufhält¹⁰. Das Gesetz verlangt somit zweierlei, wie das Wort “bereits” in Art. 131 Abs. 1 Ziff. 2 ZPO deutlich macht. Der Vorgeladene muss nicht nur am Tag der Verhandlung, sondern bereits im Zeitpunkt der Vorladungszustellung landesabwesend sein. Landesabwesenheit gehört ebenfalls zu den nur beschränkte Zeit wirksamen Entschuldigungsgründen¹¹.

C Gefährliche Krankheit eines Familiengliedes (ZPO 131 Abs. 1 Ziff. 3)

Dieser Entschuldigungsgrund betrifft nicht die Krankheit eines Prozessbeteiligten, sondern diejenige eines seiner Familienangehörigen. Verlangt wird eine Krankheit, die so gefährlich ist, dass eine Teilnahme an der Tagfahrt aus psychischen Gründen oder weil es Sitte und Anstand gebieten, sich am Krankenbett aufzuhalten, nicht in Betracht kommt.

D Trauerfälle (ZPO 131 Abs. 1 Ziff. 4)

Bei Trauerfällen im Familienkreis ist ein Erscheinen ebenfalls nicht zumutbar. Zu denken ist auch an Todesfälle nahestehender Personen aus dem Bekanntenkreis.

E Fälle höherer Gewalt (ZPO 131 Abs. 1 Ziff. 5)

Einen weiteren Entschuldigungsgrund umschreibt das Gesetz mit dem Terminus “Fälle höherer Gewalt”. Früher verwendete es den Ausdruck “unabwendbare Hindernisse durch Gottes Gewalt”¹². Wie ist nun der Begriff “Fälle höherer Gewalt” auszulegen? Meint das Gesetz damit objektive oder subjektive Unmöglichkeit¹³?

Nach einhelliger Auffassung sind Wendungen wie “höhere Gewalt”, “unabwendbarer Zufall”, “unverschuldetes Hindernis” etc. im Sinne von subjektiver Unmöglichkeit aufzufassen, sofern das Gesetz nicht ausdrücklich objektive Unmöglichkeit

¹⁰ ZPO 131 Abs. 1 Ziff. 2, Abs. 2 Ziff. 2; OGE 22.8.1929. Vgl. auch ZGE 13.1.1977.

¹¹ ZPO 131 Abs. 2 Ziff. 2.

¹² § 129 Abs. 1 Ziff. 4 der ZPO von 1860.

¹³ Zu diesen Begriffen vgl. Ritter 26 f.

als *conditio sine qua non* der Wiederherstellung bezeichnet¹⁴. Ein Vergleich mit den sieben übrigen Entschuldigungsgründen zeigt nun, dass das Gesetz die Wiederherstellung einer versäumten Tagfahrt nicht von objektiver Unmöglichkeit abhängig macht, denn Gründe wie Trauerfälle, Landesabwesenheit, unaufschiebbare amtliche Verrichtungen etc. verunmöglichen nur einzelnen Personen die Teilnahme am Gerichtstermin. Somit steht fest, dass auch der Glarner Gesetzgeber nicht *expressis verbis* objektive Unmöglichkeit zur notwendigen Bedingung für die Restitution erhoben hat. Für die Auslegung des Begriffes "Fälle höherer Gewalt" im Sinne von subjektiver Unmöglichkeit sprechen aber auch noch andere gewichtige Gründe¹⁵.

Nach Art. 4 BV hat eine Partei Anspruch auf rechtliches Gehör. Im zivilprozessualen Verfahren ist diesem Grundsatz nur Genüge getan, wenn die Parteien Gelegenheit erhalten, sich zur Klage zu äussern¹⁶. Falls nun eine Partei aus unverschuldeten Ursachen gar nicht in der Lage ist, an der Verhandlung zu erscheinen oder eine Frist einzuhalten, so hat sie tatsächlich gar nie die Möglichkeit gehabt, sich Gehör zu verschaffen. Der Anspruch auf rechtliches Gehör verlangt aber, dass man seinen Standpunkt auch wirklich vorbringen kann. Die Wiederherstellung einer Frist oder Tagfahrt infolge unverschuldeter Umstände lässt sich, mit anderen Worten, aus Art. 4 BV ableiten.

Der Zweck des Zivilprozesses besteht sodann darin, die Durchsetzung des Bundesprivatrechts zu ermöglichen¹⁷. Daraus folgt, dass die Kantone ihr zivilprozessuales Verfahren so auszugestalten haben, dass das Bundesprivatrecht auch tatsächlich verwirklicht werden kann. An unterlassene Prozesshandlungen dürfen die Kantone nur solche Rechtsnachteile knüpfen, die sich verfahrensrechtlich rechtfertigen lassen¹⁸. Wenn aber eine ausgebliebene Partei Rechtsnachteile erleidet, deren Gewicht bei unverschuldeter Versäumnis in keinem Verhältnis zum Verhalten der Partei steht, so lässt sich dies sachlich nur rechtfertigen, wenn man gleichzeitig einen Rechtsbehelf zur Verfügung stellt, mit dem die Versäumnisfolgen bei unverschuldeten Umständen aufgehoben werden können. Würde das kantonale Recht säumigen Parteien die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nur bei objektiver Unmöglichkeit zubilligen, so käme dies einem Verstoß gegen den Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechts gleich, da ohne zwingenden Grund die Durchsetzung des Bundesprivatrechts vereitelt würde¹⁹.

Nicht zuletzt steht eine extensive Auslegung auch im Einklang mit einem grundsätzlichen Entscheid des Obergerichtes²⁰, in dem dieses die Frage, ob trotz Fehlens

14 In diesem Sinne BGE 99 II 350 ff., 98 Ia 608 Erw. 4, sowie speziell 76 I 357 zu OG 35 ("unverschuldetes Hindernis"); Caliezi 37 f., Diener 56, Hasenböhler, Saumnis 50 f., Hauser/Hauser 763, Ritter 27 f., Rosenberg/Schwab 371.

15 Vgl. auch die bei der Wiederherstellung einer Frist erwähnten Gründe, hinten § 25 IV.

16 Kummer 74 f., Walder 221.

17 Guldener, Bundesprivatrecht 5.

18 BGE 104 Ia 110; Guldener, Bundesprivatrecht 58.

19 Vgl. BGE 104 Ia 111, BGE 101 Ia 580 Erw. 4a.

20 OGE 27.10.1959.

einer gesetzlichen Regelung die Wiederherstellung einer Frist möglich sei, mit folgenden Worten bejahte: "Die Wiederherstellung kann in speziellen Fällen ein durchaus notwendiger Rechtsbehelf sein, um dem materiellen Recht zum Durchbruch zu verhelfen, und es wäre nicht angemessen, dies durch einen übertriebenen Formalismus zu verhindern."

Nach dem Gesagten kann kein Zweifel bestehen, dass der Ausdruck "Fälle höherer Gewalt" im Sinne von subjektiver Unmöglichkeit auszulegen ist. Dieser Begriff stellt demnach eine Art Generalklausel dar. Sämtliche unverschuldeten Ursachen, die nicht unter einen der restlichen sieben Entschuldigungsgründe subsumiert werden können, fallen unter den achten Entschuldigungsgrund "Fälle höherer Gewalt". Als unverschuldet gilt alles, was "unter den gegebenen Umständen auch durch die grösste, nach Lage des Falles von dem Säumnis unter Berücksichtigung seiner Lage, Erfahrung und Bildung zu erwartende Sorgfalt nicht abgewendet werden konnte."²¹ Solche nicht zu vertretende Umstände sind namentlich die folgenden: Einreiseschwierigkeiten²², Unfall auf dem Weg zur Gerichtsverhandlung²³, Eisenbahnverspätungen²⁴ etc. Nicht als genügend hat die Glarner Praxis die folgenden Entschuldigungen betrachtet, allerdings ohne Hinweis auf den Begriff "Fälle höherer Gewalt": Teilnahme an der Verhandlung sei aus finanziellen Gründen nicht möglich²⁵, Schichtarbeit zur Zeit des Gerichtstermins²⁶, Begründung, noch nicht alle Beweise gesammelt zu haben²⁷.

F Militärdienst²⁸ (ZPO 131 Abs. 1 Ziff. 6)

Militärdienst ist der einzige Entschuldigungsgrund, der nicht bereits in der ersten Zivilprozessordnung von 1837 enthalten gewesen war, sondern erst nachträglich Aufnahme gefunden hat²⁹. Wie in anderen Rechtsgebieten³⁰ auch, geniesst der im Militärdienst Weilende gewisse Privilegien. Militärdienst bildet auch einen Restitutionsgrund im Sinne von Art. 35 OG³¹. Als Militärdienst gelten auch die Hilfsdienste und der Luftschutzdienst³².

21 Rosenberg/Schwab 371.

22 Lutz N. 1 zu Art. 442 ZPO.

23 Hasenböhler, Säumnis 51.

24 Lutz N. 1 zu Art. 442 ZPO, Rosenberg/Schwab 374.

25 ZGE 3./27.6.1957.

26 PV 15.12.1961.

27 ZGE 4./23.6.1941.

28 ZGE 26.2.1931.

29 Vgl. Bericht des Regierungsrates vom 10. Januar 1894 an den h. Landrat des Kantons Glarus über die Revision der Zivilprozessordnung sowie den Sporelntarif zu derselben, 38.

30 Vgl. z.B. OR 336e Abs. 1 lit. a, SchKG 57.

31 Pra. 67 Nr. 148.

32 SchKG 57 Abs. 3.

G Unverschiebbare amtliche Verrichtungen³³ (ZPO 131 Abs. 1 Ziff. 7)

Dieser Entschuldigungsgrund regelt das Verhältnis zwischen amtlicher Tätigkeit und der Teilnahme an der Gerichtsverhandlung grundsätzlich zugunsten der letzteren. Die amtliche Tätigkeit hat nur Vorrang, wenn sie so dringend bzw. bedeutend ist, dass eine Verschiebung nicht in Frage kommt. Bei Parteien und Anwälten muss es sich nach Art. 131 Abs. 2 Ziff. 3 ZPO zudem um eine amtliche Tätigkeit handeln, die im Wohnsitzkanton vorzunehmen ist oder die nur eine kurze Abwesenheit bedingt, da dieser Entschuldigungsgrund bei Parteien und Anwälten ebenfalls nur beschränkt wirksam ist.

H Missachtung der gesetzlichen Vorladungsfristen (ZPO 131 Abs. 1 Ziff. 8)

Wie bereits früher erwähnt³⁴, stellt eine ordnungsgemässe Vorladung Voraussetzung für den Eintritt des Versäumnisverfahrens dar. Deshalb ist es nicht ganz korrekt, wenn die ungehörige Vorladung zu den Entschuldigungsgründen gezählt wird, da sich die betroffene Partei mangels fehlender Versäumnis gar nicht zu entschuldigen braucht. Nicht ganz plausibel ist ferner, wieso das Gesetz nur die Missachtung der Vorladungsfrist erwähnt, muss doch eine Vorladung auch inhalts- und formgerecht sein. Ob die gesetzwidrige Frist die Partei am rechtzeitigen Handeln gehindert hat oder nicht, spielt keine Rolle. Der Verfallte hat nicht auch noch darzutun, ihm sei ein termingerechtes Tätigwerden unmöglich gewesen, wie das beispielsweise die St. Galler Zivilprozessordnung³⁵ fordert.

III Restitutionsgründe in anderen Kantonen

Ein Blick auf andere Kantone zeigt, dass überall subjektiv unverschuldete Ursachen für die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ausreichen. Die Kantone begnügen sich dabei mit allgemeinen Umschreibungen³⁶ oder beispielhaften Aufzählungen³⁷ der Restitutionsgründe. So legt Art. 86 Abs. 2 der ZPO von Appenzell I.Rh. die Voraussetzungen folgendermassen fest: "Wenn eine Partei nachweist, dass weder sie noch ihre Bevollmächtigten ein Verschulden an der Säumnis trifft, so kann sie in-

33 PV 1.5.1951.

34 Vorne § 20 I.

35 Art. 442 Ziff. 1.

36 Appenzell A.Rh. ZPO 76 Abs. 1, Appenzell I.Rh. ZPO 86 Abs. 2, Basel-Land ZPO 222 Abs. 2, Luzern ZPO 293, Solothurn ZPO 89, 213, St. Gallen ZPO 442 (bei Reinigung), Uri ZPO 218 Ziff. 2.

37 Bern ZPO 288.

nert acht Tagen nach Wegfall des die Vornahme der Prozesshandlung hindernden Grundes die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand verlangen." Einige Kantone behandeln die säumigen Parteien noch milder, indem sie die Wiederherstellung auch bei verschuldeter Säumnis zulassen³⁸. Sie berücksichtigen die Tatsache, dass selbst gewissenhaften Menschen Fehler unterlaufen können. In mehreren Kantonen hat auch die Gegenpartei des Verfallten grossen Einfluss auf die Aufhebung der Versäumnisfolgen. Sofern sie einverstanden ist, kann selbst bei grobem Verschulden die Restitution in Frage kommen³⁹.

§ 23 *Formelle Aspekte des Aufhebungsbegehrens*

I Form und Einreichungsort

Für die Aufhebung eines Versäumnisurteils ist ein Begehren der kontumazierten Partei erforderlich¹. Es kann entweder mündlich oder schriftlich unter Nachweis eines Entschuldigungsgrundes und gleichzeitiger Übergabe des Versäumnisurteils beim Präsidenten des für die Aufhebung zuständigen Gerichtes gestellt werden². Eine unrichtige Bezeichnung des Gesuches gereicht dem Antragsteller nicht zum Nachteil. Entscheidend ist der materielle Inhalt des Begehrens³.

II Frist

Die Frist für das Aufhebungsbegehren beträgt 14 Tage, von der Zustellung oder Veröffentlichung des Versäumnisurteils an gerechnet⁴.

38 Schaffhausen ZPO 55, Schwyz Gerichtsordnung 129 Abs. 1, St. Gallen ZPO 132 Abs. 1 Ziff. 2 (Reinigung ausgenommen, ZPO 132 Abs. 2), Zürich Gerichtsverfassungsgesetz 199 Abs. 1.

39 Appenzell A.Rh. ZPO 76 Abs. 3, Basel-Land ZPO 222 Abs. 3, Schaffhausen ZPO 55, Schwyz Gerichtsordnung 129 Abs. 1, Zürich Gerichtsverfassungsgesetz 199 Abs. 1.

1 ZPO 130 Abs. 1. Nach geltender Praxis wird der Säumige jeweils im Urteil auf die Möglichkeit des Aufhebungsbegehrens hingewiesen, ZGE 26.2./20.5.1976, 24.3.1976.

2 ZPO 130 Abs. 1.

3 Hasenböhler, Säumnis 50, Hauser/Hauser 776.

4 ZPO 130 Abs. 1.

III Wirkung des eingereichten Begehrens auf die Rechtskraft

Ein vorschriftsgemässes Aufhebungsbegehren hemmt den Eintritt der Rechtskraft, da ein Versäumnisurteil, unter Vorbehalt der Appellation, erst mit Abweisung des Restitutionsantrages in Rechtskraft erwächst⁵. Sollte ein Wiederherstellungsgesuch nicht den in Art. 130 Abs. 1 ZPO erwähnten Anforderungen⁶ entsprechen, so wird das Verfallungsurteil sofort rechtskräftig⁷.

IV Aufhebungsverfahren

A Zuständige Instanz

Zuständig für die Aufhebung eines Versäumnisurteils ist diejenige Gerichtsinstanz, welche bereits das Versäumnisurteil gefällt hat⁸. Ein Aufhebungsbegehren besitzt somit keinen Devolutiveffekt.

B Verfahren

Über das Aufhebungsbegehren wird an einer mündlichen Verhandlung unter Mitwirkung beider Parteien entschieden. Das Aufhebungsverfahren stellt ein selbstständiges Verfahren dar, in welchem der Richter die Gründe zu prüfen hat, welche der Verfallte zu seiner Entschuldigung vorgebracht hat⁹. Der Säumige hat dabei die Stellung eines Klägers inne, da er die Aufhebung des Versäumnisurteils verlangt, während sein Gegner als Beklagter auftritt. Deshalb ist die saumselige Partei, unabhängig von ihrer prozessrechtlichen Stellung im Hauptverfahren, vorschusspflichtig. Leistet sie den vom Richter angesetzten Kostenvorschuss nicht, so wird ihr Verhalten als Rückzug des Restitutionsbegehrens ausgelegt⁹. Erst wenn das Gericht das Verfallungsurteil aufhebt, nehmen die Litiganten die ursprünglichen Rollen wieder ein.

Die verfallte Partei hat an der Verhandlung darzutun, dass einer der acht Entschuldigungsgründe auf sie zutrifft. Das Gesetz fordert nicht den strikten Nachweis eines Entschuldigungsgrundes, sondern es begnügt sich in dieser Hinsicht mit einer

5 ZPO 130 Abs. 2, 133 Abs. 2.

6 Weitere Voraussetzungen, wie die gleichzeitige Einreichung der versäumten Rechtschrift im schriftlichen Verfahren oder die Bezahlung bzw. Sicherstellung der Kosten des Versäumnisverfahrens, sind im Gesetz nicht vorgesehen.

7 ZPO 130 Abs. 2. Allerdings unter dem Vorbehalt, dass der Säumige nicht auch noch gegen das Versäumnisurteil appelliert hat.

8 ZPO 132 Abs. 1.

9 OGE 17.12.1956.

glaubwürdigen Darstellung; nötigenfalls kann der Betroffene sein Vorbringen mit dem Handgelübde beloben¹⁰. Damit wird verhindert, dass sich ein allfälliger Beweisnotstand zuungunsten des Säumigen auswirkt. Die Kosten des Aufhebungsverfahrens sind unabhängig von dessen Ausgang der kontumazierten Partei zu überbinden¹¹. Dieser Grundsatz, der dem Verursacherprinzip entspricht, bedarf einer Einschränkung. Liegt die Ursache des Ausbleibens in einer mangelhaften Vorladung, so hat das Gericht von einem Kostenspruch zulasten des Verfallten Umgang zu nehmen.

C Stellung der nichtsäumigen Partei

Die nichtsäumige Partei hat keinen direkten Einfluss auf eine Gutheissung des Aufhebungsbegehrens. Der Entscheid hängt nicht von ihrer Einwilligung ab, denn der Richter darf ein Versäumnisurteil nur rückgängig machen, wenn einer der acht Entschuldigungsgründe vorliegt¹². Im übrigen hat die Gegenpartei des Verfallten Anspruch darauf, dass ihr sofort der Eingang eines Restitutionsgesuches mitgeteilt wird¹³. Ferner steht ihr das Recht zu, am Aufhebungsverfahren teilzunehmen und sich zum Begehren ihres Kontrahenten zu äussern¹⁴.

V Wirkungen des Aufhebungsentscheides

Gelingt dem Betroffenen der Nachweis eines Entschuldigungsgrundes, so ist das Gericht verpflichtet, das Versäumnisurteil und damit auch die Versäumnisfolgen aufzuheben¹⁵. Der Säumige besitzt mit anderen Worten bei Vorliegen der materiellen und formellen Voraussetzungen einen Rechtsanspruch auf Restitution. Dem Gericht bleibt kein Ermessensspielraum mehr. Die Wiederherstellung bewirkt, dass die säumige Partei in den Stand zurückversetzt wird, in dem sie sich vor ihrem Wegbleiben befunden hat. Sie kann das Versäumte an einer neuen Tagfahrt nachholen. Die nochmalige Behandlung der Hauptsache findet gleich im Anschluss an einen gutheissenden Restitutionsentscheid statt¹⁶. Das bedingt, dass die Parteien auch die

10 ZPO 132 Abs. 2, vgl. auch vorne § 3 Anm. 115.

11 ZPO 134.

12 ZPO 132 Abs. 2. Vgl. dagegen z.B. Zürich, Gerichtsverfassungsgesetz 199 Abs. 1: "Das Gericht kann auf Antrag der säumigen Partei eine Frist wiederherstellen und eine Verhandlung neu ansetzen, bei grobem Verschulden der Partei oder ihres Vertreters aber nur mit Einwilligung der Gegenpartei."

13 ZPO 130 Abs. 3.

14 OGE 17.12.1956.

15 ZPO 132 Abs. 2.

16 ZPO 133 Abs. 1.

Hauptsache entsprechend vorbereiten. Falls das Gericht das Aufhebungsbegehren abweist, tritt das Versäumnisurteil in Rechtskraft, allerdings unter Vorbehalt der Appellation¹⁷.

§ 24 *Anfechtung des Aufhebungsentscheides*

I Kantonale Rechtsmittel

A Für den Säumigen

Den ablehnenden Restitutionsentscheid einer unteren Instanz kann der Säumige mit der Appellation ans Obergericht weiterziehen, sofern der Streitgegenstand des Hauptprozesses appellabel ist¹. Andernfalls kommt die Nichtigkeitsbeschwerde zum Zuge.

B Für die Gegenpartei des Säumigen

Art. 15 Abs. 1 Ziff. 5 ZPO lässt die Appellation ganz allgemein zu "gegen Versäumnisurteile und Wiederaufhebungsentscheide erster Instanz, sofern der Streitgegenstand appellabel ist." Bei Gutheissung des Aufhebungsbegehrens steht demzufolge der Gegenpartei des Säumigen die Appellation zu. Daran vermag auch Art. 133 Abs. 1 ZPO nichts zu ändern, obwohl dieser Artikel davon spricht, bei Aufhebung eines Versäumnisurteils sei sofort die Hauptsache zu behandeln. Der Wortlaut von Art. 15 Abs. 1 Ziff. 5 ZPO ist in derart allgemeiner Weise gehalten, es ist von "Wiederaufhebungsentscheiden" und nicht etwa von "ablehnenden Wiederaufhebungsentscheiden" die Rede, dass Art. 133 Abs. 1 ZPO lediglich ordnungsmässigen Charakter haben kann und besagt, dass die Gegenpartei, obwohl sie die Appellation ergreifen will, in die Behandlung der Hauptsache einzutreten hat². Eine andere Auffassung vertritt Ritter³ mit der Begründung, der mit der heutigen Vorschrift übereinstimmende § 131 Abs. 1 der ZPO von 1930 sei nicht nur ordnungsmässiger Natur, sondern wolle die Appellation durch die Gegenpartei⁴ ausschliessen. Der Ansicht von Ritter ist aber nicht zuzustimmen, denn während der Geltung der ZPO

17 ZPO 133 Abs. 2, 15 Abs. 1 Ziff. 5.

1 ZPO 15 Abs. 1 Ziff. 5, 133 Abs. 2.

2 Vgl. in diesem Zusammenhang auch Zürich ZPO 111 Abs. 2 1. Satz ("Wird die Einrede im mündlichen Verfahren verworfen, so kann der Beklagte, auch wenn er den Entscheid anfechten will, sofort zur Verhandlung über die Sache selbst angehalten werden".)

3 S. 65.

4 So ausdrücklich Basel-Land ZPO 223, Uri ZPO 218 Ziff. 7.

von 1930 konnten überhaupt keine Zweifel am ordnungsmässigen Charakter der umstrittenen Bestimmung bestehen, erklärte doch § 15 Abs. 2 lit. e der ZPO von 1930⁵ „*alle* Verfallungsurteile und Wiederaufhebungsentscheide erster Instanz, sofern der Streitgegenstand appellabel ist“, als berufungsfähig. Weshalb anlässlich der Revision vom 2. Mai 1965 die Streichung des Wortes „*alle*“ erfolgte, geht aus den Materialien nicht hervor. Es ist aber auch unter der derzeit in Kraft stehenden Zivilprozessordnung die Appellationsfähigkeit jedes Wiederaufhebungsentscheides zu bejahen, sofern die Hauptsache selbst appellabel ist.

Falls die Appellation nicht gegeben ist, steht der Gegenpartei die Nichtigkeitsbeschwerde zu Gebote.

II Staatsrechtliche Beschwerde

Da das Aufhebungsverfahren lediglich die Frage, ob ein Entschuldigungsgrund vorliegt oder nicht, also kantonales Zivilprozessrecht zum Gegenstand hat und die Hauptsache materiell nicht behandelt wird⁶, kommt als Weiterzugsmöglichkeit ans Bundesgericht lediglich die staatsrechtliche Beschwerde in Betracht⁷.

⁵ Vgl. auch Landratsprotokoll vom 18.9./17.10. und 27.11.1929.

⁶ OGE 17.12.1956.

⁷ Vgl. OG 43, 68.

3. Kapitel

Die Wiederherstellung einer Frist

§ 25 Die Wiederherstellung im Glarner Zivilprozessrecht

I Begriff der Wiederherstellung

Wiederherstellung einer Frist, oft auch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand und restitutio in integrum genannt, ist ein Rechtsbehelf, mit dem die Parteien die Folgen versäumter Handlungen korrigieren können. Ihre Wirkung besteht darin, dass bei Vorliegen der Voraussetzungen das Versäumte nachgeholt werden darf.

II Fehlen einer gesetzlichen Regelung im Glarner Zivilprozessrecht

Im Gegensatz zu den meisten anderen Kantonen¹ kennt das Glarner Zivilprozessrecht keine gesetzliche Bestimmung, welche die Wiederherstellung einer Frist regelt. Die Zivilprozessordnung sieht lediglich die Erweiterung von Fristen² und das Begehren um Aufhebung eines Versäumnisurteils³ vor, welches letzteres aber dann nichts nützt, wenn die versäumte Prozesshandlung nicht zu einem Versäumnisurteil im Sinne von Art. 128 ZPO geführt hat. Eigentlich erstaunt es, dass trotz den strengen Versäumnisfolgen, welche bis vor kurzem in der Zivilprozessordnung zu finden waren⁴, der Rechtsbehelf bis heute keine gesetzliche Verankerung erfahren hat.

III Praxis der Glarner Gerichte

In letzter Zeit mussten sich die Glarner Gerichte verschiedentlich mit der Frage befassen, ob trotz Fehlens einer gesetzlichen Regelung die Möglichkeit der Wiederherstellung bestehe. Im folgenden werden Sachverhalt und rechtliche Erwägungen dieser Entscheide in gekürzter Fassung angeführt.

1 Vgl. die Zusammenstellung bei Ritter 25.

2 ZPO 97 Abs. 1 Ziff. 3.

3 ZPO 130 ff.; § 18 ff. dieser Arbeit.

4 Vgl. aZPO 27 Abs. 2, 87.

A Obergerichtsentscheid vom 27. Oktober 1959

Die Gerichtskanzlei stellte einem Anwalt ein erstinstanzliches Urteil zu, welches mit einem Versandstempel falschen Datums versehen war. Der Anwalt nahm das Urteil auf der Strasse vom Postboten entgegen und quittierte den Empfang mit dem richtigen Datum. In der Eile vergass er, dieses Datum in seine Agenda einzutragen. Später berechnete er die Appellationsfrist falsch, da er vom Datum aus auf dem Urteil aufgedruckten Versandstempels ausging, nach welchem die Frist einen Tag später zu laufen begann als nach dem tatsächlichen Zeitpunkt der Inempfangnahme. Die Folge dieses Irrtums war, dass der Anwalt die Appellation einen Tag zu spät einreichte.

Das Obergericht erklärte die Berufung als verspätet, weil für den Fristbeginn das Datum der tatsächlichen Inempfangnahme massgebend sei, stellte aber die Appellationsfrist aus folgenden Erwägungen wieder her: "Die glarnerische ZPO enthält keinerlei Bestimmungen über die Wiederherstellung von Fristen und Tagfahrten⁵. Es wäre aber unrichtig, die Möglichkeit einer solchen damit schlechthin auszuschliessen. Die Wiederherstellung kann in speziellen Fällen ein durchaus notwendiger Rechtsbehelf sein, um dem materiellen Recht zum Durchbruch zu verhelfen, und es wäre nicht angemessen, dies durch einen übertriebenen prozessualen Formalismus zu verhindern." Weiter führte das Obergericht aus, es dürfe ohne weiteres angenommen werden, die Wiederherstellung finde auch bei solchen Prozessordnungen Anwendung, welche sie nicht ausdrücklich vorsehen. Was die Voraussetzungen der Wiederherstellung betreffe, müsse angesichts fehlender Vorschriften in der Glarner Zivilprozessordnung auf die geltende schweizerische Rechtslehre abgestellt werden. "Darnach sind versäumte Fristen und Tagfahrten auf Ersuchen der säumigen Partei nach Anhörung des Gegners wiederherzustellen, sofern die Säumnis unverschuldet, bzw. ohne grobe Nachlässigkeit der säumigen Partei, eingetreten ist. Ausserdem ist nach verschiedenen Gesetzen die Wiederherstellung ohne Rücksicht auf ein allfälliges Verschulden möglich, sofern der Prozessgegner sein Einverständnis zur Wiederherstellung erklärt."

Angesichts der verschiedenen unglücklichen Umstände könne "zum mindesten von einer groben Fahrlässigkeit des Appellanten nicht gesprochen werden", meinte das Obergericht abschliessend und stellte die Appellationsfrist wieder her in Anbetracht der Tatsache, dass die Gegenpartei damit ausdrücklich einverstanden war.

⁵ Diese Feststellung des Obergerichtes ist, was die Wiederherstellung von Tagfahrten betrifft, falsch, vgl. ZPO 130 ff.

B Präsidialverfügung vom 27. Juni 1972

Auf telefonische Anfrage hin erklärte ein Vermittler dem Kläger, für den Beginn der Leitscheinfrist sei das Ausstelldatum des Leitscheines massgebend. Nach Art. 86 Abs. 1 ZPO beginnt der Fristenlauf jedoch mit dem Datum des Vermittlungsvorstandes. Aufgrund der falschen Auskunft reichte der Kläger den Leitschein zu spät beim Gericht ein. Der Zivilgerichtspräsident betrachtete die Säumnis als unverschuldet und hob die Versäumnisfolgen wieder auf, da "die Wiederherstellung ohne Schuld versäumter Fristen ein allgemein geltender Grundsatz" sei.⁶

C Zivilgerichtsentscheid vom 14. Oktober 1976/Obergerichtsentscheid vom 20. Juni 1977

In diesen Entscheiden ging es um die Frage, welche Versäumnisfolgen bei Nichtbezahlung des Kostenvorschusses zulässig seien. Ein Wiederherstellungsbegehren hatte der Kläger nicht gestellt. Trotzdem führte das Zivilgericht am Rande aus, die Wiederherstellung sei nicht möglich, da sie nicht im Gesetz vorgesehen sei, allerdings ohne die beiden vorhin besprochenen grundsätzlichen Entscheide in irgendeiner Weise zu erwähnen. Der Kläger zog das Zivilgerichtsurteil an das Obergericht weiter, welches beiläufig bemerkte, betreffend Wiederherstellung könne auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden. Diese Feststellung scheint aber auf einem Irrtum zu beruhen, denn das Obergericht erklärte in der Stellungnahme zur staatsrechtlichen Beschwerde, welche der Kläger einreichte, es trete praxisgemäss auf Wiederherstellungsbegehren ein⁷. Demnach dürfen der Obergerichts- und Zivilgerichtsentscheid nicht als Praxisänderung aufgefasst werden, nicht zuletzt auch deswegen, weil ihnen gar kein Wiederherstellungsbegehren vorausgegangen ist. Überdies müsste bei einer Praxisänderung eine eingehende Auseinandersetzung mit der bisherigen Praxis stattfinden.

Die gegenwärtige Glarner Praxis lässt sich abschliessend folgendermassen zusammenfassen: Trotz fehlender gesetzlicher Regelung besteht auch im Glarner Zivilprozess bei unverschuldeter Säumnis Anspruch auf Wiederherstellung, welche sowohl gesetzliche als auch richterliche Fristen zum Gegenstand haben kann. Bei leichtem Verschulden ist eine Wiedereinsetzung möglich, wenn sich die Gegenpartei damit einverstanden erklärt.

6 Erwähnt sei noch, dass der Zivilgerichtspräsident in keiner Weise auf den vorhin angeführten Obergerichtsentscheid vom 27.10.1959 Bezug genommen hat.

7 Vgl. Urteil der staatsrechtlichen Kammer des Bundesgerichtes vom 8.3.1978 i.S. Eckert c. Iselin sowie Zivil- und Obergericht des Kantons Glarus, 3.

IV *Wiederherstellung als allgemeiner Rechtsgrundsatz*

Heute gilt die Wiederherstellung einer Frist bei unverschuldeter Säumnis zu Recht als allgemeiner Rechtsgrundsatz⁸. Guldener⁹ erklärt zutreffend, eine zivilprozessuale Zeitbestimmung sei nur dann sinnvoll, wenn sie überhaupt von den Parteien eingehalten werden kann; die Wiederherstellung erscheine daher als notwendiges Korrelat von Fristen und Tagfahrten. Überdies entspreche es einem Gebot der Billigkeit, dass einer Partei bei unverschuldeter Säumnis keine endgültigen Nachteile erwachsen¹⁰. Habscheid¹¹ bejaht für den Genfer Zivilprozess, welcher wie der Glarner Zivilprozess die Wiederherstellung nicht regelt, ebenfalls die Zulässigkeit des Rechtsbehelfes bei unverschuldeter Säumnis, da dies ein allgemeiner Grundsatz sei, welcher auf dem Prinzip von Treu und Glauben beruhe.

Für den Grundsatz lässt sich m.E. Art. 4 BV als Rechtsquelle heranziehen¹². Fristen und Tagfahrten sind derart anzusetzen, dass jede Partei auch tatsächlich in der Lage ist, die gebotene Handlung innerhalb der Zeitbestimmung vorzunehmen, damit sie sich auch wirklich Gehör verschaffen kann. Ist dies nicht der Fall und gibt man dem unverschuldet Säumnigen nicht die Möglichkeit, die verpasste Prozesshandlung nachzuholen, so liegt darin eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs. Zudem widerspricht es in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken, wenn eine Partei endgültige Nachteile erleidet, obwohl ihr ein schuldhaftes Verhalten nicht zur Last gelegt werden kann. Das Interesse der Gegenpartei an einer beförderlichen Prozesserledigung und der Rechtssicherheit hat angesichts der unverschuldeten Säumnis hinter das Interesse der saumseligen Partei an einem materiell gerechten Urteil zu treten.

8 BGE 96 I 164, 81 III 86, ZR 66 Nr. 117; Habscheid 356 f.

9 Max Guldener, *Wiederherstellung bei Verschulden von Hilfspersonen?*, SJZ 55 (1959), 369 Anm. 3.

10 Max Guldener, *Die Wiederherstellung im Sinne von § 221 des zürcherischen GVG nach rechtskräftiger Erledigung des Rechtsstreites*, SJZ 37 (1940/41), 231.

11 S. 356 f.

12 Vgl. auch vorne § 22 II E bei Anm. 16.

§ 26 *Bemerkungen de lege ferenda*

I Zum Ediktalverfahren

Einer Regelung im Gesetz bedürfen die dem unbekannt abwesenden Kläger anzu-drohenden Versäumnisfolgen¹. Will man die gegenwärtige Praxis² zur Frage des Rechtshängigkeitseintrittes eines mit einem Ediktalbegehren eingeleiteten Prozesses beibehalten, so ist angesichts von Art. 51 ZPO eine gesetzliche Verankerung uner-lässig. Allerdings kann man sich generell fragen, ob der späte Eintritt der Rechts-hängigkeit nach Art. 51 ZPO überhaupt sinnvoll ist.

II Zum Begehren um Aufhebung eines Versäumnisurteils

Sowohl im ordentlichen wie auch im beschleunigten Verfahren werden erst mit der zweiten Vorladung Versäumnisfolgen angedroht; einzige Ausnahme bildet die Ediktalladung. Im Vermittlungsverfahren erfolgt die Ausstellung des Leitscheines erst nach zweimaligem Ausbleiben des Beklagten. Im ordentlichen und beschleu-nigten Verfahren erster Instanz wie auch im Appellationsverfahren enthält jeweils erst die zweite Vorladung die Androhung der Versäumnisfolgen. Bei Beklagten, die zum vorneherein nicht gewillt sind, vor Gericht zu erscheinen, muss daher insge-samt viermal vorgeladen werden, bevor die erste Instanz ein Urteil fällen darf. Diese Lösung erweist sich als reichlich umständlich. Insbesondere kann sie die Einhaltung der in Art. 25 Ziff. 1 SchKG für das beschleunigte Verfahren vorgeschriebenen zeitlichen Limite verunmöglichen³. Um der vom Bundesgesetzgeber angestrebten Raschheit des beschleunigten Verfahrens zu genügen, sollte de lege ferenda bereits beim ersten unentschuldigten Nichterscheinen der Leitschein ausgestellt bzw. ein Versäumnisurteil erlassen werden. Aber auch für das ordentliche Verfahren muss eine neue Lösung ins Auge gefasst werden, um Prozessdauer sowie Umtriebe für Ge-richt und Gegenpartei in erträglichem Rahmen zu halten. Die Praxis zeigt nämlich, dass eine Partei, welche zweimal der Vermittlung ferngeblieben ist, in der Regel auch nicht zur Hauptverhandlung erscheint⁴. Die Lösung ist darin zu finden, dass bei zweimaligem Nichterscheinen zur Vermittlung jede weitere Vorladung peremp-torisch erfolgen soll. Bei zweimaligem unentschuldigtem Ausbleiben vor erster Instanz ist ebenfalls die erste Vorladung für das Appellationsverfahren mit der An-drohung der Versäumnisfolgen zu verbinden.

1 Vgl. vorne § 16 I.

2 Vgl. vorne § 15 II.

3 Vgl. ZGE 16.3.1935.

4 Vgl. ZGE 5.2.1975, 28.2.1974, 1.2.1973, 12.10.1972, 31.8.1972, 26.8.1971, 28.5.1970, 19.5.1969, EF 6.8.1976.

Was die Versäumnisfolgen betrifft, ist der heutigen Ordnung grundsätzlich zuzustimmen. Bei zweimaligem unentschuldigtem Ausbleiben darf dem Kläger der endgültige Verlust des eingeklagten Anspruches angedroht werden, hat er doch das ganze Verfahren in Gang gesetzt. Wenn er später jegliches Interesse an seiner Klage vermissen lässt, kann dies wohl nicht umhin als Rückzug aufgefasst werden. Die zweimalige Vorladung sowie die Möglichkeit des Aufhebungsbegehrens bei unverschuldeter Säumnis sind geeignet, unbillige Ergebnisse zu verhindern. Bei unentschuldigtem Nichterscheinen beider Parteien gelangen nur die dem Kläger angedrohten Versäumnisfolgen zur Anwendung⁵. Sodann ist in Art. 274 Abs. 2 ZPO das Wort "eine Partei" durch die Wendung "die beklagte Partei" zu ersetzen⁶.

Die Geständnisfiktion bei Ausbleiben des Beklagten vermag ebenfalls grundsätzlich zu befriedigen. Sie entspricht zudem am ehesten der Verhandlungsmaxime. Es scheint nicht angebracht, dass der Richter die Stelle des säumigen Beklagten einnimmt und die tatsächlichen Ausführungen des Klägers zu widerlegen versucht. Dies ist indes im Interesse der materiellen Gerechtigkeit dort angezeigt, wo der Richter berechnete Zweifel an der Glaubwürdigkeit der klägerischen Darstellung hegt. Solche können sich aus der vor der Hauptverhandlung stattfindenden Urkundeneinlage ergeben. De lege ferenda ist daher dem Richter die Befugnis einzuräumen, bei widersprüchlichem und unglaubwürdigem Vorbringen des Klägers Beweise von Amtes wegen zu erheben⁷.

Gerechtfertigt sind die speziellen Versäumnisfolgen bei öffentlich vorzuladenden Beklagten. Der Gesetzgeber hat zu Recht dem Umstand Rechnung getragen, dass viele Beklagte, ohne den Prozess bewusst hintertreiben zu wollen, unauffindbar sind. In solchen Fällen ist im Interesse eines materiell gerechten Urteils die Befugnis des Richters zu bejahen, von sich aus Beweise für die vorgebrachten Tatsachen abzunehmen.

Im schriftlichen Verfahren bedürfen die Folgen bei Säumnis mit dem zweiten Schriftenwechsel bzw. bei Fernbleiben von der mündlichen Verhandlung einer Regelung und zwar in dem Sinne, dass Untätigsein als Verzicht auf die betreffende Handlung anzusehen ist⁸.

Bei den Entschuldigungsgründen drängen sich keine grundlegenden Änderungen auf. Zu streichen ist der Entschuldigungsgrund "Missachtung der durch das Gesetz für die Vorladung bestimmten Frist", da in solchen Fällen keine gehörige Vorladung vorliegt und sich daher eine Entschuldigung erübrigt. Der Entschuldigungsgrund "Fälle höherer Gewalt" bedarf einer eindeutigeren Formulierung, damit keine Zweifel auftauchen können, dass subjektive Unmöglichkeit zur Restitution genügt.

5 Dazu vorne § 20 III A 4. a cc.

6 Vgl. vorne § 20 III A 5.

7 In diesem Sinne Zürich ZPO 131 Abs. 1.

8 Vorne § 20 III B.

Klarer zu fassen ist der heutige Art. 131 Abs. 2 ZPO. Der Ausdruck "blosse Verschiebung" ist dahingehend zu präzisieren⁹, dass sich in einem bestimmten Verfahren auch Parteien und Anwälte mit Abwesenheit, Krankheit sowie Beamtung entschuldigen können. Stellt sich dann bei der Entschuldigung heraus, dass einer dieser drei Gründe für längere bzw. ungewisse Zeit eine Teilnahme verhindert, so genügt die Entschuldigung für das betreffende Nichterscheinen. In Zukunft hat sich aber die Partei vertreten zu lassen, will sie nicht Rechtsnachteile in Kauf nehmen. Damit wird sowohl Prozessverschleppungen wie auch unbilligen Ergebnissen vorgebeugt.

III Zur Wiederherstellung einer Frist

Der Rechtsbehelf der Wiederherstellung einer Frist hat trotz der strengen Säumnisfolgen der Zivilprozessordnung bis heute keine gesetzliche Regelung gefunden. Anlässlich der nächsten Revision ist dieser Rechtsbehelf im Gesetz zu verankern. Dabei stellt sich die Frage, ob die Wiederherstellung einer Frist selbständig neben dem Begehren um Aufhebung eines Versäumnisurteils geregelt oder ob für beide ein einziger Rechtsbehelf vorgesehen werden soll.

Der gegenwärtigen Praxis entsprechend soll jede subjektiv unverschuldete Säumnis einen Anspruch auf Restitution geben¹⁰. Im Interesse eines materiell gerechten Urteils ist die Wiederherstellung stets auch bei leichtem Verschulden zu gewähren. Bei Einwilligung der Gegenpartei ist die Restitution selbst bei grobem Verschulden zuzulassen. Geregelt werden sollte auch die Frage, inwieweit sich eine Partei das Verschulden ihrer Hilfspersonen anrechnen lassen muss. Mit Guldener¹¹ und der zürcherischen Regelung¹² ist die Lösung darin zu finden, dass eine Partei oder ihr Vertreter lediglich für sorgfältige Auswahl, Instruktion und Überwachung der Hilfspersonen einzustehen hat.

⁹ Vgl. vorne § 22 I.

¹⁰ Dazu vorne § 25 III.

¹¹ Max Guldener, Wiederherstellung bei Verschulden von Hilfspersonen?, SJZ 55 (1959), 371.

¹² Zürich Gerichtsverfassungsgesetz 199 Abs. 2.

3. Abschnitt

Die Uneinlässlichkeitseinreden

§ 27 *Einleitende Bemerkungen*

I Wesen und Zweck der Uneinlässlichkeitseinreden

Ziel des Zivilprozesses ist eine Entscheidung in der Sache selbst. Bevor jedoch das Gericht über die Begründetheit des klägerischen Rechtsbegehrens urteilen darf, muss es sich zuerst vergewissern, ob das eingeleitete Verfahren überhaupt zulässig ist. Der Hauptzweck der Uneinlässlichkeitseinreden besteht nun darin, vorgängig der Sachverhandlung die Zulässigkeit eines Sachurteils zu überprüfen. Im Vorfrageverfahren soll verbindlich festgestellt werden, ob der eingeleitete Prozess überhaupt zu einem Sachurteil führen darf. Diese frühzeitige Überprüfung dient der Prozessökonomie. Beiden Parteien werden unter Umständen die oft aufwendige und zeitraubende Vorbereitung der Parteivorträge sowie unnötige Verfahren erspart. Da auch gewisse materiellrechtliche Fragen, welche das nachfolgende Hauptverfahren präjudizieren, vorfrageweise zu behandeln sind, kann der Zweck auch in der Vereinfachung und Abkürzung des Hauptverfahrens liegen.

Zwei Wesensmerkmale kennzeichnen die Uneinlässlichkeitseinreden. Einmal geben diese dem Beklagten ein sog. Einlassungsverweigerungsrecht. Mit der rechtzeitigen Geltendmachung einer Uneinlässlichkeitseinrede kann sich der Beklagte von der Pflicht befreien, materiell auf das Rechtsbegehren des Klägers zu antworten. Die Behandlung des klägerischen Begehrens findet, je nach Ausgang des Vorfrageverfahrens, vorerst oder gar nicht mehr statt. Diesem Einlassungsverweigerungsrecht steht als zweites Merkmal die prozessuale Last des Beklagten gegenüber, solche Uneinlässlichkeitseinreden rechtzeitig zu erheben, damit sie im Prozess überhaupt Berücksichtigung finden. Das Gericht ist beim System der Uneinlässlichkeitseinreden grundsätzlich von der Pflicht entbunden, die Zulässigkeit eines Sachurteils zu überprüfen¹.

II Zum Begriff der Prozessvoraussetzungen und Prozesshindernisse

Wie später noch zu zeigen ist, bilden vor allem die Prozessvoraussetzungen und Prozesshindernisse Gegenstand der Uneinlässlichkeitseinreden. Die Glarner Zivilprozessordnung verwendet diese beiden Begriffe aber nirgends. Dies erstaunt weiter nicht, haben doch die Uneinlässlichkeitseinreden und das damit verbundene

¹ Guldener 182 f., Habscheid 235; Landsgemeindememorial 1930, 46 f.

System der Einlassungsverweigerung ihren Ursprung im gemeinen Recht². Die Praxis kommt aber nicht darum herum, sich der beiden Begriffe zu bedienen³.

Die Lehre unterscheidet die Prozessvoraussetzungen⁴ und Prozesshindernisse nach der Art ihrer Berücksichtigung im Prozess. Mit Prozessvoraussetzungen bezeichnet man die Voraussetzungen für die Zulässigkeit eines Sachurteils, deren Vorhandensein das Gericht von Amtes wegen jederzeit im Laufe des Verfahrens feststellen muss. Hängt die Berücksichtigung im Prozess von einer Einrede des Beklagten ab, so spricht man von Prozesshindernissen⁵.

Nicht zu den Prozessvoraussetzungen bzw. Prozesshindernissen gehört die ordnungsgemässe Klageeinleitung⁶. Das gleiche gilt für den Nichteintritt der Verjährung bzw. Verwirkung des eingeklagten Anspruchs und für die Sachlegitimation. Verjährung, Verwirkung und Sachlegitimation sind Fragen des materiellen Rechts. Über sie wird in Form eines Sachurteils entschieden⁷. Sie können daher nicht Voraussetzungen für ein Sachurteil sein.

§ 28 *Gegenstand der Uneinlässlichkeitseinreden*

1 Art. 145 ZPO als Generalklausel

Nach Art. 145 ZPO ist der Beklagte berechtigt, anstatt die Klage zu beantworten, Uneinlässlichkeitseinreden in Form einer Vorfrage zu erheben. Der Gesetzgeber hat auf eine nähere Umschreibung der Uneinlässlichkeitseinreden verzichtet und sich mit einer Generalklausel begnügt¹. Einzig in Art. 20 Abs. 1 ZPO ist die Unzuständigkeitseinrede ausdrücklich als Uneinlässlichkeitseinrede bezeichnet. Es soll daher im folgenden versucht werden, den Gegenstand der Uneinlässlichkeitseinreden anhand der geschichtlichen Entwicklung und der Praxis näher zu bestimmen.

2 Guldener 182; weiteres zur Geschichte bei Bülou, insbes. 18 ff., Etter 3 ff.

3 Vgl. etwa AGE 6.11.1974; Landgemeindememorial 1930, 46 f.

4 Die Lehre von den Prozessvoraussetzungen geht auf Bülou zurück, der im Jahre 1868 mit seinem Werk "Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen" heftige Kritik am gemeinrechtlichen Einredesystem übte, indem er die falsche Übernahme der Einreden aus dem römischen Recht aufzeigte.

5 Guldener 183, Habscheid 236, Rosenberg/Schwab 506 f., vgl. auch Walder, Prozesserrledigung 4 Anm. 14.

6 Guldener 180, Habscheid 237, Rosenberg/Schwab 508.

7 Guldener 181.

1 Landgemeindememorial 1965, 56; Becker 50: "Es ist seit langem in hiesiger Praxis kein Unterschied mehr zwischen den im alten § 142 genannten uneinlässlichen, verzögerlichen oder einlässlichen Einreden gemacht worden, sodass dieses Tummelfeld juristischer Spitzfindigkeiten zugunsten einer einfachen Lösung ruhig verlassen werden kann. § 149 ist als Generalklausel zu betrachten, sodass sich eine Aufzählung all der Uneinlässlichkeitseinreden erübrigt."

II *Geschichtlicher Rückblick*

A Die Zeit vor der ersten Zivilprozessordnung

Schon vor der ersten Kodifikation des Zivilprozessrechtes im Jahre 1837 waren dem Glarner Recht gewisse Einreden bekannt. Satzungen² aus dem Jahre 1634 und 1694 bestimmten unter dem Titel "Das Recht soll keinem versagt werden" folgendes: "Wenn zwey streitende Partheyen vor Rath kommen, und die einte Gericht und Recht verlangt, soll das Recht zugelassen und niemand versagt werden; es wäre denn Sach, dass die gleiche Streitsache schon vor den Gerichten berechtigt und beurtheilt worden wäre, oder das Gesetz verbiete den Anforderungen ausdrücklich das Recht." Ob der Beklagte diese Einreden vorfrageweise erheben musste, geht aus den zitierten Satzungen nicht hervor. Da der Vorentwurf zur ZPO 1837 von Alt-Landammann Tschudi das System der Vorfragen noch nicht enthalten hatte, wohl aber der Kommissionsentwurf, vermutet Fritzsche³, dass diese Vorfragen Entwürfen anderer Kantone entlehnt worden sind. Ob diese Vermutung von Fritzsche zutrifft, ist fraglich, erwähnten doch bereits die Satzungen aus den Jahren 1634 und 1694 zwei der drei Uneinlässlichkeitseinreden der ZPO 1837.

B Die Einreden in der ersten Zivilprozessordnung von 1837

Nach § 169 dieser Zivilprozessordnung konnte der Beklagte auf den ersten Vortrag des Klägers "entweder uneinlässlich, verzögerlich oder einlässlich" antworten. Im folgenden Paragraphen umschrieb das Gesetz näher, was es unter uneinlässlichen und verzögerlichen Antworten verstand. Nach § 170 Abs. 1 durfte die Klage lediglich uneinlässlich beantwortet werden, wenn das Gesetz der Anforderung das Recht verbot, wenn bewiesen wurde, dass die Streitsache schon rechtskräftig beurteilt oder sonst auf eine für die Parteien verpflichtende Weise beseitigt worden war, oder wenn die Frist, binnen welcher eine Klage angebracht werden sollte, abgelaufen war. Die beiden ersten Uneinlässlichkeitsgründe waren bereits in den Satzungen von 1634 und 1694 enthalten. Bei der dritten uneinlässlichen Antwort handelte es sich um die Verwirkung von Klagefristen des materiellen Rechtes⁴. Diese Uneinlässlichkeits-

² Landsbuch 1807, 25.

³ Fritzsche, Zivilprozessordnung 185.

⁴ Die Einreichung des Leitscheines war damals noch nicht an eine Frist gebunden, dies wurde erst 1860 eingeführt, vgl. Landgemeindememorial 1860, 17. Denkbar ist dagegen, dass unter die Einrede der Klagefristverwirkung die Rechtbotöffnungsklagefrist fiel. Doch kamen dafür nur Rechtbote gegen jedermann in Frage, da bei Spezialrechtboten bis 1860 keine Verwirkung der Klagefrist vorgesehen war, vgl. Fritzsche, Rechtsbot 35.

gründe dürften den zerstörlchen Einreden, wie sie in anderen Kantonen genannt wurden, entsprochen haben⁵.

Verzögerlich war nach § 170 Abs. 3 die Antwort des Beklagten, wenn dieser eine verzögerliche Einrede⁶ geltend machte oder ein Zwischengesuch stellte. Solche Zwischengesuche berechtigten den Beklagten ebenfalls zur Einlassungsverweigerung. Bei den Zwischengesuchen handelte es sich, wie die Verweisung in § 170 Abs. 2 deutlich macht, um richterliche Weisungen, vorsorgliche Massnahmen und Aufschubbegehren⁷.

Das Vorfrageverfahren war fast gleich ausgestaltet wie heute. Der Beklagte musste die Gründe für die Uneinlässlichkeit, die verzögerlichen Einreden und Zwischengesuche vollständig vorbringen, bevor er sich in die Hauptsache einliess⁸. Im Gegensatz zu heute hatte der Beklagte die Vorfrage erst nach dem ersten klägerischen Vortrag aufzuwerfen⁹. Das Vorfrageverfahren fand durch ein inappellables¹⁰ Vorurteil seinen Abschluss¹¹.

C Die Entwicklung seit 1837

1. Die Zivilprozessordnung von 1860

Die neue Zivilprozessordnung brachte lediglich eine, dafür umso wichtigere Änderung. Vorentscheide, welche die Einlassungspflicht und Zuständigkeit betrafen, konnten nun mit der Appellation weitergezogen werden, sofern der eingeklagte Anspruch im übrigen appellabel war¹².

2. Die Zivilprozessordnung von 1895

Dieses Gesetz enthält den Uneinlässlichkeitsgrund "wenn das Gesetz der Anforderung das Recht verbietet" nicht mehr. Der Beklagte durfte die Klage nur noch einlässlich beantworten, wenn er die Einrede der abgetheilten Sache oder der Klage-

5 Ebenso Etter 39. Nach Guldener 183 f. sind zerstörlche Einreden solche, "welche die Sachentscheidung für ein- und allemal ausschliessen."

6 Unter verzögerlichen Einreden sind solche zu verstehen, welche sich gegen Mängel richten, die nur den eingeleiteten Prozess beschlagen, den eingeklagten Anspruch selbst aber nicht berühren, Guldener 183.

7 Vgl. auch Fritzsche, Zivilprozessordnung 183 f.

8 § 170 Abs. 3, vgl. auch § 156 Abs. 1.

9 § 169.

10 § 24 Abs. 4 lit. b.

11 § 170 Abs. 3.

12 § 21 Abs. 3 lit. d; Landsgemeindememorial 1860, 9 f.

fristverwirkung erhob¹³. Nicht mehr alle richterlichen Weisungen und einstweiligen Verfügungen umfassten die verzögerlichen Zwischengesuche. Die Antwort konnte nur noch dann verzögerlich sein, wenn der Beklagte ein Zwischengesuch stellte, mit welchem er Anstände bezüglich der Anwälte und der Pflicht zum persönlichen Erscheinen vor Gericht geltend machte¹⁴. Weiterhin berechtigten auch noch Aufschubbegehren und verzögerliche Einreden zur verzögerlichen Antwort¹⁵.

3. Die Zivilprozessordnung von 1930

Da noch die Praxis zur ZPO von 1895 den Kreis der uneinlässlichen Einreden ausgedehnt hatte¹⁶, verzichtete man in der ZPO von 1930 auf eine Aufzählung dieser Einreden. Die Einreden der abgeurteilten Sache und der Klagefristverwirkung zählten aber weiterhin dazu. Welche Einreden der Beklagte damals vorfrageweise erheben musste, geht aus dem Landsgemeindememorial von 1930¹⁷ hervor: "Unser geltender Prozess unterscheidet so wenig wie die Prozessordnungen der andern Kantone deutlich zwischen Prozessvoraussetzungen und Prozesseinreden. Die Prozessvoraussetzungen (Zuständigkeit, Prozessfähigkeit usw.) und die Einreden aus dem materiellen Recht (Einreden der abgeurteilten Sachen, Legitimation usw.) werden durch sog. Vorfragen vor das Gericht gebracht. Dadurch wird der Richter der Frage enthoben, was er von Amts wegen zu prüfen habe und es wird den Parteien überlassen, ob sie z.B. die Einrede der Zuständigkeit erheben wollen oder nicht. Da die Lehre von den Prozessvoraussetzungen und Prozesseinreden sehr schwierig und für Volksrichter vielfach auch unverständlich ist, erscheint es zweckmässiger, es bei der bisherigen Ordnung bewenden zu lassen."

Der Gesetzgeber trennte anlässlich der Revision von 1930 das Aufschubbegehren¹⁸ von den uneinlässlichen Einreden und legte neu auch den noch heute geltenden Zeitpunkt für die Einredeerhebung fest. Der Beklagte musste nun die Einreden sofort nach der Protokollierung des Klagebegehrens erheben, er konnte damit nicht mehr bis nach dem ersten klägerischen Vortrag zuwarten¹⁹.

Mit der Zeit kam die Praxis von der ursprünglichen Bedeutung der uneinlässlichen und verzögerlichen Einreden ab. Zuletzt unterschied sie gar nicht mehr zwi-

13 § 156 Abs. 1.

14 § 156 Abs. 2.

15 § 156 Abs. 2 und 3. Etter 39 zählt aufgrund des Wortlautes von § 156 Abs. 2 und 3 lediglich die Zwischengesuche und Aufschubbegehren zu den verzögerlichen Einreden, was aber der damaligen Praxis nicht entsprach, vgl. Landsgemeindememorial 1930, 46 f.

16 OGE 29.3.1920.

17 S. 46 f.

18 § 135 ff.

19 § 143 Abs. 1.

schen diesen beiden Gruppen, sondern fasste alle Einreden als Uneinlässlichkeitseinreden auf²⁰.

4. Die heute in Kraft stehende Zivilprozessordnung von 1965

Dieses Gesetz regelt erstmals die Uneinlässlichkeitseinreden selbständig. Zwischen-gesuche gibt es keine mehr²¹. Das Aufschubbegehren behält seine selbständige Regelung bei und ist von den Uneinlässlichkeitseinreden zu trennen. Die heutige Zivilprozessordnung unterscheidet nicht mehr zwischen uneinlässlichen und verzögerlichen Einreden, sondern fasst alle der bisherigen Praxis entsprechend unter dem Begriff "Uneinlässlichkeitseinreden" zusammen²².

III Gegenstand der Uneinlässlichkeitseinreden in der Glarner Praxis

A Einreden prozessualer Natur

1. Unzuständigkeitseinrede

Die Unzuständigkeitseinrede ist als einzige im Gesetz ausdrücklich als Uneinlässlichkeitseinrede bezeichnet²³. Sie umfasst sowohl die örtliche, sachliche und funktionelle Zuständigkeit als auch die Zulässigkeit des Rechtsweges²⁴. Bei der Zuständigkeit des Gerichtes handelt es sich um eine Prozessvoraussetzung²⁵. Dies trifft allerdings auf die örtliche Zuständigkeit nur in beschränktem Masse zu. Das Gericht hat sie lediglich von Amtes wegen zu prüfen, wenn ein zwingender Gerichtsstand in Frage steht²⁶. Ist dies nicht der Fall, so bedarf es einer Einrede. Insoweit ist die örtliche Zuständigkeit lediglich ein Prozesshindernis. Der Glarner Zivilprozess kennt folglich einen umfassenden Gerichtsstand der vorbehaltlosen Einlassung. Nach der Praxis kommt einem Unzuständigkeitsentscheid keine materielle Rechtskraft zu. Sofern sich auch das ausserkantonale Gericht als unzuständig erklärt und dadurch einen negativen Kompetenzkonflikt schafft, kann erneut der Glarner Richter angerufen werden, ohne dass der Beklagte mit Erfolg die Einrede der abgeurteil-

20 Becker 50.

21 Landsgemeindememorial 1965, 56.

22 Landsgemeindememorial 1965, 56; Becker 50.

23 ZPO 20 Abs. 1.

24 ZPO 10, 11 Abs. 1, 19 Abs. 1; PV 12.10./30.11.1966.

25 ZPO 20 Abs. 3; ZGE 11.1.1930; vgl. auch ZPO 112 sowie Vermittlerämter-Instruktion 1 Ziff. 2.

26 ZPO 20 Abs. 3; OGE 11.1.1977; Walder, Offizialmaxime 29.

ten Sache erheben könnte²⁷. Gemäss Art. 15 Abs. 2 ZPO unterliegen alle Entscheidungen über Unzuständigkeitseinreden der Appellation, sofern der Fall im übrigen appellabel ist.

2. Einrede der fehlenden Partei- oder Prozessfähigkeit bzw. gesetzliche Vertretung im Falle der Prozessunfähigkeit

Die Partei- und Prozessfähigkeit bzw. gesetzliche Vertretung im Falle der Prozessunfähigkeit gehören nach der Praxis zu den Prozessvoraussetzungen²⁸. Wird eine einfache Gesellschaft eingeklagt, welcher allgemein die Parteifähigkeit abgeht, so tritt das Gericht nicht auf die Klage ein und dem Kläger bleibt nichts anderes übrig, als eine neue Klage gegen alle Gesellschafter anzustrengen, denn eine blosser Korrektur der Parteibezeichnung auf dem Rechtsbegehren ist nach der Praxis gestützt auf Art. 52 Ziff. 1 ZPO nicht zulässig²⁹.

3. Einrede der abgeurteilten Sache³⁰

Die Einrede der abgeurteilten Sache ist dem Glarner Zivilprozessverfahren schon seit Jahrhunderten bekannt. Bereits die Satzungen von 1634 und 1694 erwähnten sie. In den Zivilprozessgesetzen von 1837, 1860 und 1895 berechnete sie den Beklagten zur uneinlässlichen Antwort. Seit der Revision von 1930 ist sie nicht mehr ausdrücklich im Gesetz enthalten, ohne dass am bisherigen Zustand etwas geändert werden sollte.

Die Einrede der abgeurteilten Sache richtet sich einmal gegen Klagen, über die bereits ein Gericht materiell geurteilt hat. Daneben fallen aber auch Sachurteile, bei denen keine richterliche Prüfung des eingeklagten Anspruches stattgefunden hat, unter diese Einrede. Solche Sachurteile ergehen, wenn der Prozess infolge Klagerückzug oder Klageanerkennung seinen Abschluss findet. Art. 47 Abs. 2 ZPO bestimmt denn auch, dass die Wiederaufnahme eines durch Abstandserklärung erledigten Prozesses unstatthaft ist³¹. Ebenfalls als ein solcher Prozessabstand

27 OGE 5.2.1947, ZGE 13.11.1947, 29.10.1945. Der Entscheid über die Zuständigkeit wird aber hinsichtlich der Kostenregelung materiell rechtskräftig, Walder, Prozesserledigung 63.

28 OGE 29.6.1948, AGE 12.9.1973, ZGE 18.3./22.4.1948, 4.7.1946; vgl. ferner ZPO 28; BGE 77 II 9 Erw. 2, 48 II 29 Erw. 3; Walder 128.

29 AGE 12.9.1973, EF 19.8.1966.

30 OGE 24.6./9.9.1958, 13.10.1948, AGE 14.5.1975/1.9.1976/17.11.1976, 24.6.1953, ZGE 23.6.1966, 15.10.1936/29.10.1936/23.1.1937; vgl. auch OGE 20.6.1977.

31 ZGE 19.6.1969. Sofern trotz eines Vergleiches geklagt wird, steht dem Beklagten ebenfalls die Uneinlässlichkeitseinrede zu, OGE 9.6.1943.

galt bis vor kurzem die Nichtleistung des Prozesskostenvorschusses. Nach Ansicht des Bundesgerichtes geht diese Regelung jedoch zu weit. Bei Nichtleistung des Kostenvorschusses darf die Klage lediglich abgeschrieben oder durch Prozessurteil erledigt werden mit der Wirkung, dass einer neuen Klageeinleitung die Einrede der abgeurteilten Sache nicht entgegensteht³².

In einem neueren Entscheid hat das Bundesgericht³³ die materielle Rechtskraft von Zivilurteilen über bundesprivatrechtliche Ansprüche als Einrichtung des Bundesprivatrechtes erklärt. Ob die materielle Rechtskraft immer nur auf Parteiantrag hin zu berücksichtigen ist oder ob namentlich bei Ehescheidungsprozessen eine Ausnahme zu machen ist, hat es offengelassen³⁴. Im Glarner Zivilprozess ist die Einrede der materiellen Rechtskraft aufgrund des altüberlieferten Einredesystems grundsätzlich als Prozesshindernis aufzufassen³⁵, zumal auch in Kantonen³⁶, welche sich zum System der Prozessvoraussetzungen bekennen, der materiellen Rechtskraft eines Urteils oft nur prozesshindernde Wirkung zukommt.

4. Einrede der Rechtshängigkeit

Um widersprüchliche Entscheide zu vermeiden, darf der identische Anspruch während der Rechtshängigkeit eines Prozesses nicht bei einem anderen Gericht eingeklagt werden. Die Frage, ob eine Klage wegen Rechtshängigkeit zurückzuweisen ist oder nicht, entscheidet sich nach bundesgerichtlicher Praxis unter Vorbehalt des für direkte Prozesse vor Bundesgericht geltenden Art. 22 BZP grundsätzlich nach kantonalem Prozessrecht; dagegen ist die Frage der Identität der Ansprüche, soweit es sich bei diesen um bundesprivatrechtliche handelt, eine solche des Bundesrechtes³⁷. Wie die Einrede der abgeurteilten Sache ist auch die Einrede der Rechtshängigkeit aufgrund des Systems der Uneinlasslichkeit lediglich ein Prozesshindernis. Entgegen der Ansicht des Gesetzgebers³⁸, nach welcher für die Einrede der Rechtshängigkeit der Zeitpunkt der Klageeinleitung (Art. 9 ZPO) massgebend sein durfte, bestimmt sich m.E. die Einrede der Rechtshängigkeit nach dem Zeitpunkt des Rechtshängigkeitseintrittes (Art. 51 ZPO). Da nämlich der Kläger sein eingereichtes Rechtsbegehren bis zum Eintritt der Rechtshängigkeit

32 BGE 104 Ia 108 Erw. 4 und 5; vorne § 3 II C 1. b.

33 BGE 95 II 643; vgl. auch BGE 101 II 377 Erw. 1, 98 II 158 Erw. 3, 97 II 396. Kritisch zur bundesgerichtlichen Folgerung, wonach die materielle Rechtskraft eine Einrichtung des Privatrechtes sei (BGE 95 II 643), Walder 275 Anm. 40.

34 BGE 95 II 643 f. Die Lehre ist bei Ehescheidungsprozessen uneinig, vgl. die in BGE 95 II 643 erwähnten Autoren sowie Walder, 276 Anm. 43.

35 Vgl. ZGE 15.10.1936/29.10.1936/23.1.1937.

36 Z.B. Zürich ZPO 191 Abs. 4.

37 BGE 100 III 28 Erw. 1b, 98 II 158 Erw. 3 und dort erwähnte Entscheide. Vgl. dagegen Guldener, Bundesprivatrecht 30, nach welchem bei identischen bundesprivatrechtlichen Ansprüchen von Bundesrechts wegen die Einrede der Rechtshängigkeit gegeben ist.

ohne Rechtsnachteil wieder zurückziehen kann, entsteht die Gefahr widersprechender Urteile erst mit der Rechtshängigkeit eines Prozesses³⁹.

5. Einrede der Unzulässigkeit der gewählten Prozessart⁴⁰

Darunter fällt vor allem die unzulässige Widerklage, gegen welche sich der Beklagte mit einer Uneinlässlichkeitseinrede wehren kann⁴¹. Angesichts des Wortlautes von Art. 148 Abs. 4 ZPO ist die Unzulässigkeit einer Widerklage von Amtes wegen zu beachten. Gegen Entscheide über die Zulässigkeit einer Widerklage ist nach Art. 15 Abs. 2 ZPO die Appellation gegeben, sofern der geltendgemachte Anspruch appellationsfähig ist.

6. Einrede der mangelhaften Klageeinleitung

Das Prozessverfahren kann bereits bei der Protokollierung des Klagebegehrens, dem Zeitpunkt der Einredeerhebung, mit Mängeln behaftet sein, die von der Klageeinleitung bis zur Hauptverhandlung entstanden sind. Zu denken ist vor allem an Verstösse, die sich im Vermittlungsverfahren ereignet haben, wie etwa Durchführung der Vermittlung mit einem Prozessunfähigen ohne Anwesenheit des gesetzlichen Vertreters⁴², Vermittlung in einem Ehescheidungsverfahren allein mit den Anwälten⁴³, unzuständiger Vermittler⁴⁴. Mangelhaft formulierte Klagebegehren⁴⁵ oder eine nach Art. 52 Ziff. 1 ZPO unzulässige Erweiterung oder Veränderung des Rechtsbegehrens⁴⁶ kann der Beklagte ebenfalls mit einer Uneinlässlichkeitseinrede rügen. Ob solche Mängel von Amtes wegen zu beachten sind, hängt vom konkreten Verstoß ab. So hat das Gericht eine unterlassene Vermittlung⁴⁷ selbst zu berücksichtigen, während bei örtlich unzuständigen Vermittlern eine Einrede nötig sein dürfte.

38 Landsgemeindememorial 1965, 54.

39 Der Kläger ist erst bei Eintritt der Rechtshängigkeit an den angehobenen Prozess gebunden, Guldener 240, 249, Walder 291. Vgl. auch BZP 27 Abs. 1.

40 OGE 5.6.1935.

41 ZGE 20.9.1951.

42 ZGE 22.4.1948, vgl. auch ZGE 1.12.1977.

43 ZGE 15.4.1939.

44 ZGE 23.2.1939.

45 ZGE 5.3./5.5./13.8.1959.

46 OGE 19.11./26.11.1947, 28.11.1945, AGE 18.4.1951.

47 Vgl. KV 55 Abs. 1.

7. Einrede der fehlenden Postulationsfähigkeit⁴⁸

Früher haben die Zivilprozessgesetze diese Einrede ausdrücklich bei den verzögerlichen Antworten aufgeführt⁴⁹. Heute verlangt Art. 49 ZPO, dass die Anwälte dem Richter eine schriftliche Vollmacht vorweisen, was der Richter von Amtes wegen zu kontrollieren hat⁵⁰. Aber nicht nur das Vorliegen einer schriftlichen Vollmacht hat das Gericht von sich aus zu prüfen, sondern ganz allgemein die Frage, ob der Anwalt zur Berufsausübung überhaupt zugelassen ist⁵¹. Auch bei den übrigen gewillkürten Vertretern ist angesichts von Art. 49 ZPO eine schriftliche Vollmacht erforderlich.

8. Einrede des Schiedsvertrages⁵²

Die Einrede des Schiedsvertrages zählt allgemein zu den Prozesshindernissen⁵³. Erhebt der Beklagte die Einrede des Schiedsvertrages nicht rechtzeitig, so werden die ordentlichen Gerichte zuständig. Unter Umständen kann sich sogar die nach Gesetz rechtzeitige Geltendmachung als zu spät erweisen. Wer nach mehrjährigem Rechtsstreit und nachdem er selbst den Richter mehrfach um Weisungen gebeten hat, bei der Protokollierung des Klagebegehrens nun plötzlich die Einrede des Schiedsvertrages erhebt, verletzt mit seinem Vorgehen den Grundsatz von Treu und Glauben⁵⁴.

9. Einrede der Leitscheinfristverwirkung

Nach Art. 86 ZPO bleibt der Leitschein 6 Monate, in besonderen Fällen lediglich 20 Tage vom Datum des Vermittlungsvorstandes an gerechnet in Kraft. Innerhalb dieser Fristen muss der Rechtsstreit beim Richter angemeldet werden, andernfalls der Leitschein seine Gültigkeit verliert⁵⁵. Der Richter hat eine Versäumnis der

48 OGE 17.9.1947, ZGE 10.2.1944, 14.7.1938, PV 27.10.1967. Nach AGE 6.11.1974 handelt es sich bei der fehlenden Postulationsfähigkeit höchstens um eine verzögerliche Einrede, die auch mit der Hauptsache verbunden werden könne, weshalb kein selbständiger Vorentscheid zu fallen sei. Dies widerspricht aber den zu Beginn der Fussnote zitierten Entscheiden.

49 § 156 Abs. 2 der ZPO von 1895.

50 Hauri 53.

51 Vgl. ZPO 48.

52 ZGE 17.8.1972, 9.10.1958/9.4.1959, PV 17.11.1972/5.1.1973, EF 17.4.1959.

53 Vgl. ZGE 9.10.1958/9.4.1959 sowie Habscheid 236, Kälin 123.

54 ZGE 9.10.1958/9.4.1959.

55 Vorne § 3 II B 2.

Leitscheinfrist von Amtes wegen zu beachten⁵⁶. Dadurch wird der Beklagte aber nicht daran gehindert, eine Uneinlässlichkeitseinrede zu erheben.

B Einreden materiellrechtlicher Natur

1. Einrede der fehlenden Sachlegitimation

Schon seit Jahrzehnten zählt die Praxis die Einrede der fehlenden Sachlegitimation zu den Uneinlässlichkeitseinreden⁵⁷. In jüngster Zeit wird diese Einrede gar als Schulfall der Vorfragen bezeichnet⁵⁸. Wer in einem Prozess aktiv- oder passivlegitimiert ist, folgt aus dem materiellen Recht. Es ist denn auch unbestritten, dass diese Einrede materiellrechtlicher Natur ist und dass bei ihrer Guheissung ein Sachurteil ergeht⁵⁹. Nach der Praxis muss der Beklagte die fehlende Sachlegitimation grundsätzlich einredeweise rügen, das Gericht wird nicht von Amtes wegen tätig⁶⁰.

2. Einrede der Klagefristverwirkung

Schon in der ersten Zivilprozessordnung von 1837 berechnete eine verwirkte materiellrechtliche Klagefrist zur uneinlässlichen Antwort⁶¹. Solche Verwirkungsfristen sind als rechtsaufhebende Tatsachen von Amtes wegen zu beachten⁶². Der Beklagte kann daher die Verwirkung einer materiellrechtlichen Klagefrist erst in seinen Parteivorträgen vorbringen.

3. Verjährungseinrede

Nach der gegenwärtigen Praxis⁶³ ist die Verjährungseinrede erst bei der Behandlung der Hauptsache zu erheben; sie gehört demzufolge nicht zu den Uneinläss-

56 ZPO 113; OGE 29.6.1948, 2.7.1945, ZGE 18.5.1935; vgl. aber ZGE 4.9./24.11.1952.

57 Vgl. Landsgemeindememorial 1930, 46 f.; OGE 18.3.1952, 10.11.1943, ZGE 28.8.1937.

58 ZGE 27.6./14.11.1968. Dies mag für die Glarner Praxis stimmen, nicht jedoch für andere Kantone, vgl. Berther 5 f., Kälin 105, Lutz N. 2 zu Art. 281 ZPO.

59 Guldener 181, Kummer 66 f.

60 ZGE 24.6./12.8.1971, 22.4.1971, 21.3.1968/28.8.1969, 22.3.1948. Dieser Grundsatz erleidet vom Bundesrecht her verschiedene Ausnahmen, man denke an die notwendige Streitgenossenschaft, dazu Guldener 267 ff., Kummer 153 f., Walder 144 ff., vgl. auch BGE 100 II 441 Erw. 1 und dort zitierte Entscheide.

61 § 170 Abs. 1 Ziff. 3 der ZPO von 1837.

62 BGE 103 II 21, OGE 5.4.1939, ZGE 10.10.1957; Walder, Prozesserledigung 117.

63 ZGE 27.10.1977/9.3.1978, 15./22.10.1959, 2.2.1950; anders noch ZGE 1.3.1945.

lichkeitseinreden. Dies hat das Zivilgericht in einem Grundsatzentscheid⁶⁴ damit begründet, die Verjährungseinrede habe aufgrund ihrer geschichtlichen Entwicklung nie als Uneinlässlichkeitseinrede gegolten; zudem gehöre sie wegen ihrer materiellrechtlichen Natur ins Hauptverfahren.

IV Folgerungen

Die Uneinlässlichkeitseinreden haben in der Glarner Praxis Prozessvoraussetzungen und Prozesshindernisse sowie andere Mängel, welche das eingeleitete Prozessverfahren betreffen, zum Gegenstand⁶⁵. Es handelt sich dabei um Vorfragen prozessualer Natur. Die materiellrechtliche Seite des Streitfalles kommt noch nicht zur Sprache, vielmehr geht es gerade um die Frage, ob nicht prozessuale Gründe einem Sachurteil entgegenstehen.

Nach der gegenwärtigen Praxis bilden aber nicht nur prozessuale Fragen Gegenstand der Uneinlässlichkeitseinreden, sondern auch materiellrechtliche. Bei diesen kommt es denn auch bereits im Vorfrageverfahren zu einer Sachverhandlung, welche auf das Vorfragethema beschränkt ist. Neben der Einrede der fehlenden Sachlegitimation zählt nur noch die Einrede der Klagefristverwirkung zu den Uneinlässlichkeitseinreden. Dagegen lässt die Praxis die Verjährungseinrede nicht in Form einer Vorfrage zu.

Weitere materiellrechtliche Einreden dürfen m.E. nicht zu den Uneinlässlichkeitseinreden gerechnet werden, besteht doch deren Zweck gerade in der Bestreitung der Einlassung auf die Hauptsache, was auch der Gesetzestext von Art. 146 Abs. 2 ZPO untermauert⁶⁶.

V Kritische Bemerkungen zur Praxis

Das Institut der Uneinlässlichkeitseinreden dient dem Beklagten dazu, die Einlassungspflicht zu bestreiten, d.h. die Pflicht, sich materiell auf den eingeleiteten Prozess einzulassen und zur Hauptsache zu verhandeln. Dass einzig dies der Zweck der Uneinlässlichkeitseinreden ist, ergibt sich auch immer wieder aus den Entscheidungen der Glarner Gerichte⁶⁷. Da aber die Praxis die Einrede der mangelnden Sach-

⁶⁴ ZGE 2.2.1950.

⁶⁵ Die vorher unter III vorgenommene Einteilung ist nicht als abschliessend anzusehen, vgl. auch ZGE 7.10./18.11.1976.

⁶⁶ Ebenso OGE 10.7.1951 ("Bei der uneinlässlichen und verzögerlichen Antwort muss es sich daher um verfahrensrechtliche (im Gegensatz zu den materiellrechtlichen) Einreden oder Einwendungen handeln, die dem Beklagten zustehen. Es wird geltend gemacht, die Klägerin habe prozessual unrichtig geklagt.")

⁶⁷ Vgl. ZGE 13.11.1969, 21.3.1968/28.8.1969, 10.11./22.12.1938.

legitimation als Uneinlässlichkeitseinrede bezeichnet, wird der eigentliche Zweck des Institutes erweitert⁶⁸. Ob jemand aktiv- oder passivlegitimiert ist, folgt nämlich aus dem materiellen Recht. Die fehlende Sachlegitimation ist denn auch nur feststellbar, wenn die materielle Seite des Prozesses beleuchtet wird. Mit der Einrede der fehlenden Sachlegitimation verweigert demnach der Beklagte nicht die Antwort zur Hauptsache; der Zweck liegt nur darin, den Prozess in der Hauptsache abzukürzen. Ähnliches lässt sich von der Einrede der Klagefristverwirkung sagen. Daher ist es nur in beschränktem Masse richtig, wenn in den Entscheiden behauptet wird, der Beklagte verweigere die Einlassungspflicht.

Die gegenwärtige Praxis führt auch zu einer Verwischung zwischen Einreden prozessrechtlicher und materiellrechtlicher Natur. Es gibt keine klare Grenze mehr, was eine Unsicherheit darüber entstehen lässt, welche materiellen Einreden eigentlich zu den Uneinlässlichkeitseinreden zu zählen sind. Vor allem haben solche Parteien Schwierigkeiten, denen die Praxis nicht geläufig ist, deutet doch der Gesetzestext nur auf prozessuale Einreden hin. Auch haben es die Gerichte wiederholt abgelehnt, auf Einreden der fehlenden Sachlegitimation einzutreten, wenn diese nicht sofort nach der Protokollierung des Klagebegehrens erhoben worden sind⁶⁹. Diese Praxis ist zu hart. Materielle Einreden sollten immer auch erst bei der Behandlung der Hauptsache vorgebracht werden können, denn es muss einer Partei freistehen, ob sie sich auf die Hauptsache einlassen will. Mit dem Einlassen auf die Hauptsache wird nur auf den Vorteil der Uneinlässlichkeit verzichtet, nicht aber auf die betreffende materiellrechtliche Einrede.

Die heutige Praxis sollte nach dem Gesagten in der Hinsicht abgeändert werden, dass Einreden materiellrechtlicher Natur nicht mehr zu den Uneinlässlichkeitseinreden zählen. Diese sollen nur Prozessvoraussetzungen, Prozesshindernisse und andere prozessuale Mängel, welche das eingeleitete Verfahren betreffen, zum Gegenstand haben. Das hat den Vorteil, dass der Beklagte bei materiellrechtlichen Einreden nicht über die Eventualmaxime des Art. 146 ZPO stolpert. Nichts einzuwenden ist gegen das Vorgehen, mittels Vorfrage die fehlende Sachlegitimation, Verjährung bzw. die Klagefristverwirkung vorweg zu behandeln, was sich unter Umständen als prozessökonomisch erweisen kann, doch darf der Beklagte nicht dazu gezwungen sein⁷⁰.

68 Zu diesem Problem auch Oskar Lutz, Darf die Einrede der mangelnden Sachlegitimation als gesonderte Vorfrage behandelt werden?, SJZ 29 (1932/33), 275 f. Lutz a.a.O. 276 verneint diese Frage für den St. Galler Zivilprozess.

69 Vorne Anm. 60 dieses Paragraphen.

70 Vgl. auch ZGE 27.10.1977/9.3.1978.

§ 29 Vorfrageverfahren

I Anwendungsbereich der Uneinlässlichkeitseinreden

Aus dem Gegenstand der Uneinlässlichkeitseinreden ergibt sich ohne weiteres, dass diese im ordentlichen, beschleunigten und summarischen Verfahren Platz greifen.

II Geltendmachung der Uneinlässlichkeitseinreden

A Grundsatz

Die Glarner Zivilprozessordnung enthält seit der ersten Kodifikation im Jahre 1837 das Institut der Einlassungsverweigerung. Eine wesentliche Eigenschaft dieses Institutes ist der Umstand, dass Mängel, die einem Sachurteil an und für sich entgegenstehen, nur dann beachtlich sind, wenn sie der Beklagte rechtzeitig mittels einer Einrede geltend macht. Der Richter muss solche Mängel nicht von Amtes wegen berücksichtigen. Das System der Uneinlässlichkeitseinreden entbindet den Richter grundsätzlich von dieser Pflicht¹. Es bleibt vielmehr dem Beklagten überlassen, ob er Uneinlässlichkeitsgründe vorbringen will. Macht er von seinem Recht nicht rechtzeitig Gebrauch, so verwirkt er die betreffenden Einreden.

Der Ausdruck "Uneinlässlichkeitseinreden" weist sodann nur auf ein Verteidigungsmittel des Beklagten hin. Dies folgt deutlich aus dem Wortlaut des Gesetzes² und dem Zweck des Einlassungsverweigerungsrechtes. Dem Kläger stehen die Uneinlässlichkeitseinreden nicht zu Gebote³. Möchte der Kläger den Prozess noch nicht materiell behandeln, so steht ihm dafür das Aufschubbegehren zur Verfügung⁴.

B Ausnahmen

Der oben erwähnte Grundsatz, wonach es Sache des Beklagten ist, prozessuale Mängel zu rügen, lässt sich nicht ohne Einschränkungen verwirklichen. So machen schon die Art. 19 und 20 Abs. 3 ZPO deutlich, dass das Gericht gewisse Voraussetzungen von Amtes wegen prüfen muss und nicht erst auf eine Einrede hin tätig werden darf. Daneben gibt es noch weitere gesetzliche Vorschriften⁵, deren Wortlaut ein-

¹ Landsgemeindememorial 1930, 47; Guldener 182 f., Habscheid 235; vgl. auch Kälin 37.

² ZPO 145 Abs. 1, 146 Abs. 1, 155 Abs. 2.

³ OGE 10.7.1951, ZGE 15.8./29.8.1974.

⁴ ZPO 138–142.

⁵ Z.B. KV 55 Abs. 1, ZPO 49, 113.

deutig auf eine richterliche Prüfungspflicht hinweist. Des weitern hat auch die Praxis notwendigerweise noch weitere Ausnahmen machen müssen, gibt es doch Voraussetzungen, die von derart entscheidender Tragweite sind, dass sich das Gericht selbst von deren Vorhandensein überzeugen muss, man denke nur an die Partei- und Prozessfähigkeit, welche die Praxis denn auch von Amtes wegen prüft⁶. Ob für die geltende Glarner Zivilprozessordnung noch weitere Prozessvoraussetzungen in Frage kommen, lässt sich nicht abschliessend beantworten. In Zweifelsfällen spricht jedoch das Einredesystem zugunsten der Prozesshindernisse⁷.

III Zeitpunkt der Einredeerhebung

A Massgebender Zeitpunkt

1. Im mündlichen Verfahren vor Kollegialgerichten

Die Hauptverhandlung im mündlichen Verfahren beginnt mit der Protokollierung des klägerischen Rechtsbegehrens. Darauf hat der Beklagte seinen Standpunkt bekannt zu geben. Der Protokollierung der beiden Anträge folgen dann Klagevortrag, Klageantwort, Replik und Duplik.

Allfällige Uneinlässlichkeitseinreden muss nun der Beklagte nach Art. 146 Abs. 1 ZPO grundsätzlich "sofort nach der Protokollierung des Klagebegehrens und vor dem ersten klägerischen Vortrag" geltend machen⁸. Sobald der Beklagte erstmals Gelegenheit erhält, sein Rechtsbegehren zu Protokoll zu geben, hat er die Uneinlässlichkeitseinreden in Form einer Vorfrage zu erheben. Im Verfahren vor dem Augenscheingericht ist es möglich, dass zwischen der Protokollierung der Parteienanträge längere Zeit vergeht. Der Beklagte bringt in solchen Fällen eine Einrede rechtzeitig vor, wenn er gleich mit seinem ersten Votum eine Vorfrage stellt⁹. Der in Art. 146 Abs. 1 ZPO festgesetzte Zeitpunkt zwingt den Beklagten frühzeitig zur Geltendmachung sämtlicher Uneinlässlichkeitseinreden¹⁰. Damit kann der Beklagte nicht bis nach dem ersten klägerischen Vortrag zuwarten, weil er sich dadurch bereits auf die materielle Sache eingelassen hat. Dagegen ist es nicht notwendig, die Einreden bereits vor dem Vermittler zu erheben¹¹. Einleuchtend ist auch, dass Uneinlässlich-

6 Vorne § 28 III A 2.

7 Die Unterscheidung ist wichtig für die Frage, ob die Einrede noch nachträglich zugelassen werden darf.

8 ZGE 24.6./12.8.1971, 22.4.1971, 21.3.1968/28.8.1969.

9 AGE 31.10./21.11.1962.

10 Vgl. auch Berther 56, Etter 41.

11 ZPO 20 Abs. 1, 78, 146.

keitseinreden grundsätzlich nur im erstinstanzlichen Verfahren vorgebracht werden können. Im Rechtsmittelverfahren kann sie der Beklagte nicht mehr nachholen¹².

2. Im schriftlichen Verfahren

Der Gerichtspräsident kann das schriftliche Verfahren vor oder während der Hauptverhandlung von sich aus oder auf Parteiantrag hin anordnen¹³.

Wird das schriftliche Verfahren erst anlässlich der Hauptverhandlung eingeschlagen, so gelten bis zu diesem Zeitpunkt selbstredend die Vorschriften des mündlichen Verfahrens, welche auch den Zeitpunkt der Einredeerhebung bestimmen. Art. 155 Abs. 2 ZPO ist nur anwendbar, wenn sich der Beklagte vor der Anordnung des schriftlichen Verfahrens noch nicht materiell auf den Prozess eingelassen hat, wenn also die Protokollierung der beiden gegnerischen Rechtsbegehren noch nicht stattgefunden hat. Sonst könnte nämlich der Beklagte versäumte Uneinlässlichkeitseinreden nachholen, indem er die Anordnung des schriftlichen Verfahrens verlangt. Dies lässt sich aber nicht mit der strengen Eventualmaxime im Bereich der Einreden vereinbaren.

Ordnet der Richter das schriftliche Verfahren vor der Hauptverhandlung oder vor der Protokollierung der Parteianträge an, so kommt Art. 155 Abs. 2 ZPO zum Zuge. Nach dieser Vorschrift muss der Beklagte die Uneinlässlichkeitseinreden innerhalb von 14 Tagen erheben, nachdem ihm die Anordnung des schriftlichen Verfahrens mitgeteilt worden ist. Diese Regelung soll dem Kläger die Ausarbeitung einer Klageschrift ersparen¹⁴.

3. Im Verfahren vor dem Zivilgerichtspräsidenten

Im einzelrichterlichen Verfahren kann der Beklagte Uneinlässlichkeitseinreden auch erst bei den Ausführungen zur Sache vorbringen¹⁵. Es bleibt ihm aber unbenommen, bereits vor dem Eintreten auf die materielle Seite des Prozesses eine Vorfrage zu erheben. Diese gegenüber dem Verfahren vor den Kollegialgerichten viel mildere Ausgestaltung dürfte für den Richter bedeuten, dass er nicht verpflichtet ist, ein selbständiges Vorfrageverfahren durchzuführen. Dem Beklagten kommt mit anderen Worten im einzelrichterlichen Verfahren kein eigentliches Einlassungsverweigerungsrecht zu. Dies drängt sich namentlich im Befehlsverfahren auf; an-

12 OGE 11.1.1977, 18.6.1973.

13 ZPO 153, 154.

14 ZGE 25.9.1969.

15 ZPO 260 Abs. 6; PV 25.4.1969.

dernfalls würde die mit diesem Verfahren angestrebte Raschheit sabotiert. Der Gesetzgeber hat von der strengen Eventualmaxime abgesehen, weil im Verfahren vor dem Einzelrichter die Parteien oft ohne Anwälte erscheinen und daher ein allzu strenger Formalismus fehl am Platz wäre¹⁶.

B Nachträgliche Zulassung von Uneinlässlichkeitseinreden

1. Mangel geht erst aus den Parteivorträgen hervor

Sowohl im mündlichen Verfahren vor den Kollegialgerichten wie auch im schriftlichen Verfahren schwächt das Gesetz die Eventualmaxime ab. Im mündlichen Verfahren kann sich der Beklagte nachträglich noch in seinen Parteivorträgen zur Hauptsache auf Uneinlässlichkeitseinreden berufen, sofern sich der Grund für die Uneinlässlichkeit erst aus den Parteiverhandlungen ergibt¹⁷. Eine analoge Bestimmung enthält das Gesetz auch für das schriftliche Verfahren. Ist der Grund für eine Uneinlässlichkeitseinrede erst aus der Klageschrift ersichtlich, so kann der Beklagte anstelle einer Klagebeantwortungsschrift die Einrede in Form einer schriftlichen Vorfrage erheben¹⁸. Hierzu stehen dem Beklagten wiederum 14 Tage vom Eingang der Klageschrift an gerechnet zur Verfügung¹⁹. Die Zivilprozessordnung bestimmt dies nicht ausdrücklich, doch ist eine analoge Anwendung von Art. 155 Abs. 2 ZPO am Platze, ansonsten der Beklagte durch Fristerstreckungen für die Klageantwortsschrift den Zeitpunkt der Einredeerhebung hinauszögern könnte. Eine längere Frist ist zudem nicht notwendig, da der Beklagte die Einrede erst anlässlich des Vorfrageverfahrens begründen muss²⁰.

2. Von Amtes wegen zu beachtende Voraussetzungen

Die geltende Prozessordnung unterscheidet in formeller Hinsicht nicht zwischen Prozessvoraussetzungen und Prozesshindernissen. Trotzdem kennen Gesetz und Praxis der Sache nach Prozessvoraussetzungen. Wesentlich ist bei diesen, dass das Gericht sie jederzeit im Laufe des Verfahrens von Amtes wegen prüfen muss²¹. Hat aber das Gericht das Vorhandensein der Prozessvoraussetzungen jederzeit festzustellen, so folgt daraus, dass der Beklagte deren Fehlen auch jederzeit mit einer

16 Landsgemeindememorial 1965, 59.

17 ZPO 146 Abs. 3.

18 ZPO 155 Abs. 3.

19 ZGE 14.11.1974.

20 ZPO 155 Abs. 2; ZGE 14.11.1974.

21 Denn die Prozessvoraussetzungen müssen grundsätzlich auch im Zeitpunkt des Urteils vorliegen, Guldener 189, Kummer 87, Rosenberg/Schwab 510, Walder 292 Anm. 17.

Uneinlässlichkeitseinrede rügen kann. Das bedeutet, dass der Beklagte, ohne einen Rechtsnachteil befürchten zu müssen, fehlende Prozessvoraussetzungen erst in seinen Vorträgen zur Sache selbst oder im Rechtsmittelverfahren geltend machen kann²². Allerdings empfiehlt es sich, auch diese Einreden zu Beginn der Hauptverhandlung vorzubringen. Dies nicht nur aus prozessökonomischen Gründen, sondern vor allem deshalb, weil sich anhand der Praxis keine klare Grenze zwischen Prozessvoraussetzungen und Prozesshindernissen ziehen lässt.

Andere Erfordernisse, welche das eingeleitete Verfahren betreffen, ohne deswegen aber zu den Prozessvoraussetzungen zu gehören, können ebenfalls bei den Ausführungen zur Sache vorgebracht werden, sofern ein Verstoß gegen zwingendes Recht vorliegt²³ oder der Richter von Gesetzes wegen zur Prüfung verpflichtet ist. Mit der Einrede der Klagefristverwirkung kann der Beklagte ebenfalls bis zu seinen Parteivorträgen zuwarten, da Verwirkungsfristen als rechtsaufhebende Tatsachen von Amtes wegen zu beachten sind²⁴.

C Folgen verspäteter Geltendmachung

Versäumt der Beklagte den vom Gesetz genau festgelegten Zeitpunkt, so verliert er sämtliche Uneinlässlichkeitseinreden, sofern er auf sie wirksam verzichten kann. Der Säumige verwirkt nicht nur sein Einlassungsverweigerungsrecht, sondern er kann sich auf die Einreden auch nicht mehr in Verbindung mit der Hauptsache oder im Rechtsmittelverfahren berufen²⁵. Das rechtzeitige Vorbringen der Uneinlässlichkeitseinreden hat das Gericht von Amtes wegen festzustellen²⁶.

IV Einrede in Form einer Vorfrage

A Form und Inhalt der Vorfrage

1. Im mündlichen Verfahren vor Kollegialgerichten

Zu Beginn der mündlichen Hauptverhandlung findet zuerst die Protokollierung des klägerischen Rechtsbegehrens statt. Gleich anschliessend ist die Uneinlässlichkeitseinrede mündlich in Form einer Vorfrage zu Protokoll zu geben²⁷. Inhaltlich genügt

22 OGE 11.1.1977; Guldener 186 Anm. 41.

23 OGE 11.1.1977.

24 BGE 103 II 21; Walder, *Prozesserledigung* 117.

25 ZPO 146 Abs. 3, 155 Abs. 3; OGE 11.1.1977, 18.6.1973.

26 ZGE 25.9.1969, 10.11./22.12.1938, 20.1./1.2.1936.

27 ZPO 145 Abs. 2.

nach der Praxis folgender Wortlaut: "Ist nicht der Beklagte vom einlässlichen Vernehmen zu entbinden, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers?"²⁸. Eine nähere Bezeichnung der Uneinlässlichkeitseinrede oder eine Begründung muss die Vorfrage nicht enthalten. Es reicht aus, wenn der Beklagte kundtut, er wolle von seinem Einlassungsverweigerungsrecht Gebrauch machen, denn die Begründung der Vorfrage erfolgt erst im anschliessenden Vorfrageverfahren.

2. Im schriftlichen Verfahren²⁹

Uneinlässlichkeitseinreden im schriftlichen Verfahren erfolgen in Form einer schriftlichen Eingabe, welche im Doppel und ohne weitere Begründung, also wiederum ganz allgemein formuliert, dem zuständigen Gerichtspräsidenten zu überreichen ist. Der Eingang einer schriftlichen Vorfrage wird der Gegenpartei sofort mitgeteilt.

3. Im Verfahren vor dem Zivilgerichtspräsidenten

Im Verfahren vor dem Zivilgerichtspräsidenten kann der Beklagte Uneinlässlichkeitseinreden in mündlicher Form entweder vorfrageweise oder zusammen mit den Ausführungen zur Hauptsache vorbringen³⁰.

B Einfluss der Vorfrage auf den Gang des Hauptverfahrens

Mit dem rechtzeitigen Vorbringen einer Uneinlässlichkeitseinrede kann sich der Beklagte solange vom Eintreten auf die materielle Seite des Prozesses befreien, bis das Gericht über die Vorfrage entschieden hat. Die Vorfrage führt zu einer abgesonderten Verhandlung über die Einrede³¹. Diese Wirkung zeigt sich deutlich beim schriftlichen Verfahren. Der bis zur Einrede in schriftlicher Form abgewickelte Prozess wird durch das mündliche Vorfrageverfahren abgelöst³². Die Eigenständigkeit des Vorfrageverfahrens führt auch zur selbständigen Anfechtung des Vorfrageentscheides³³.

28 Vgl. z.B. ZGE 19.6.1969.

29 Zum folgenden ZPO 155 Abs. 2.

30 ZPO 260 Abs. 6; PV 25.4.1969.

31 ZPO 146 Abs. 4.

32 ZPO 155 Abs. 2 letzter Satz.

33 Hinten § 30.

Die mit der Vorfrage verbundenen Wirkungen lassen sofort die Vor- und Nachteile des Systems der Einlassungsverweigerung erahnen. Aus prozessökonomischen Gründen erscheint es zweckmässig, zuerst die Zulässigkeit einer Sachentscheidung verbindlich zu überprüfen, damit unter Umständen zeitraubende Vorbereitungen der Parteivorträge und unnötige Verfahren erspart bleiben. Andererseits birgt dieses System die Gefahr in sich, dass der Beklagte in tolerischer Absicht oder mangels genügender Vorbereitung seiner Parteivorträge die Hauptverhandlung hinauszuzögern versucht.

V Vorfrageverfahren

Das Vorfrageverfahren wird durch eine Uneinlässlichkeitseinrede des Beklagten eingeleitet. Diesem fällt die Rolle des Vorfrageklägers zu, während der eigentliche Kläger als Vorfragebeklagter auftritt. Die Bedeutung des Mündlichkeitsprinzips im Glarner Zivilprozess zeigt sich hier besonders deutlich, denn das Vorfrageverfahren ist immer mündlich, selbst wenn für den Hauptprozess das schriftliche Verfahren angeordnet worden ist³⁴. Der einzige Unterschied zwischen dem mündlichen und schriftlichen Verfahren besteht in der Form der Vorfrage. Wie im Hauptprozess stehen auch im Vorfrageverfahren jeder Partei zwei Vorträge zu³⁵. Der Eventualmaxime entsprechend hat der Beklagte die Gründe für die Uneinlässlichkeit im ersten Vortrag darzutun³⁶. Erst jetzt stellt sich auch heraus, welchen Grund der Beklagte eigentlich geltend machen will. Das Thema des Vorfrageverfahrens wird jeweils durch die betreffende Uneinlässlichkeitseinrede bestimmt. Auf die materielle Streitsache selbst darf das Gericht noch nicht eingehen. Die Kosten des Vorfrageverfahrens hat jeweils die unterliegende Partei zu tragen³⁷.

Bei prozesshindernden Einreden trägt der Beklagte die Beweislast³⁸. Das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen hat in der Regel der Kläger zu beweisen³⁹. Dass Prozessvoraussetzungen von Amtes wegen zu prüfen sind, bedeutet nicht, das Gericht habe die Beweise selbst zu beschaffen, doch ist es dazu berechtigt. Das Gericht muss erst von sich aus tätig werden, wenn es Zweifel am Vorhandensein der Prozessvoraussetzungen hegt oder Anhaltspunkte für deren Fehlen vorliegen⁴⁰.

34 ZPO 155 Abs. 2 letzter Satz.

35 ZPO 146 Abs. 4.

36 ZPO 147, 149, 150.

37 Vgl. ZGE 14.11.1974, AGE 12.9.1973.

38 Berther 65, Kälín 164, Rosenberg/Schwab 510.

39 Berther 65, Kälín 163 f., Leuch N. 1 zu Art. 193 ZPO, Rosenberg/Schwab 510.

40 Leuch N. 1 zu Art. 193 ZPO.

VI *Erledigung des Vorfrageverfahrens*

A Form des Entscheides

Nach Anhörung beider Parteien ist das Gericht verpflichtet, einen Entscheid zu fällen⁴¹. Es darf damit nicht bis zum Urteil in der Sache zuwarten. Die Entscheidungen im Vorfrageverfahren stellen nach Art. 146 Abs. 4 ZPO entweder Vorentscheide oder Urteile dar. Letztere sind zu erlassen, wenn damit unter Vorbehalt der Appellation der eingeleitete Prozess seinen Abschluss findet. Ist dies nicht der Fall, so handelt es sich um einen Vorentscheid. Nach Ansicht des Bundesgerichtes⁴² führt das Vorfrageverfahren im Glarner Zivilprozess nur zu einem Vorentscheid und nicht zur Erledigung des Prozesses. So bezeichnet es einen Entscheid, mit welchem das Gericht die Einrede der abgeurteilten Sache schützt, als blossen "Zwischenentscheid in Form eines Entscheids über eine Vorfrage", der lediglich besage, "dass der Beklagte sich auf die Klage nicht einlässlich zu äussern braucht, weil die Klage nachher als unzulässig abgewiesen werden soll." Im Klartext heisst das, dass nach dem Vorfrageverfahren noch eine Sachverhandlung stattfindet, zu welcher der Beklagte nicht erscheinen muss, da er vom einlässlichen Vernehmen entbunden worden ist. Die Auffassung des Bundesgerichtes widerspricht aber nicht nur dem eindeutigen Wortlaut von Art. 146 Abs. 4 ZPO und jeglicher Prozessökonomie, sondern auch der über hundertjährigen Praxis der Glarner Gerichte. So begründete der Gesetzgeber von 1860 im Landsgemeindememorial⁴³ die Einführung der Appellation gegen Vorfrageentscheide folgendermassen: "Es gibt nämlich Vorfragen, durch deren Beantwortung zugleich der ganze Prozess entschieden wird und wenn diese unter keinen Umständen appelliert werden können, so ist für Rechtsstreitigkeiten, die an sich vollständig appellabel wären, die ganze Wohltat der zweiten Instanz verloren. Wenn z.B. von der einen Parthei in Vorfrage die Behauptung aufgestellt wird, eine Rechtsfrage gehöre gar nicht vor den Richter, sie sei von einer landlichen oder Gemeinds-Administrativbehörde bereits endgültig beurtheilt und dgl., und der Richter tritt dieser Ansicht bei, so ist damit, wenn eine Appellation nicht zulässig ist, der ganze Prozess erledigt und mit der Vorfrage in That und Wahrheit auch die Hauptfrage entschieden." Diesen Ausführungen entspricht auch noch die heutige Praxis⁴⁴. Die Auffassung des Bundesgerichtes muss daher als unzutreffend bezeichnet und abgelehnt werden.

Unter die von Art. 146 Abs. 4 ZPO als Urteile bezeichneten Vorfrageentscheide fallen sowohl Prozess- als auch Sachurteile. Als Sachurteile sind insbesondere die Entscheidungen über die Einrede der fehlenden Sachlegitimation und der Verwir-

41 ZPO 146 Abs. 4; OGE 11.12.1940, ZGE 15.8./29.8.1974, 24.6.1965/17.2.1966, 22.3.1948; Etter 34. Nicht so allgemein AGE 6.11.1974.

42 BGE 104 Ia 107 Erw. 2b.

43 Landsgemeindememorial 1860, 9.

44 OGE 29.3.1920, ZGE 19.6.1969, 27.6./14.11.1968; Becker 50.

kung einer materiellrechtlichen Klagefrist anzusehen, da es dabei jeweils um Fragen des materiellen Rechtes geht⁴⁵. Vorentscheide sind zu erlassen, wenn das Gericht eine Uneinlässlichkeitseinrede nicht schützt und den Beklagten vom einlässlichen Vernehmen nicht entbindet oder wenn es wohl die Uneinlässlichkeitseinrede gutheisst, aber der geltend gemachte Mangel nicht die Prozesserledigung zur Folge hat. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn der Anwalt ohne schriftliche Vollmacht zur Verhandlung erschienen ist.

Der Gesetzgeber hat die Vorentscheide verselbständigt, d.h. sie sind selbständig weiterziehbar⁴⁶ und daher besonders auszufertigen. Eine Ausnahme besteht für das Verfahren vor dem Zivilgerichtspräsidenten, wo Uneinlässlichkeitseinreden mit den Ausführungen zur Hauptsache verbunden werden können, weshalb es genügt, wenn die Erwägungen im Haupturteil enthalten sind. Die Verselbständigung des Vorentscheides wirkt sich dahin aus, dass dieser für das Gericht verbindlich ist und im Zusammenhang mit dem Endurteil nicht mehr angefochten werden kann⁴⁷.

B Wirkungen

1. Bei Gutheissung einer Einrede

Bei Gutheissung einer Einrede wird der Beklagte von der Einlassungspflicht befreit und vom einlässlichen Vernehmen zur Klage entbunden⁴⁸. Der durch die Vorfrage geschaffene provisorische Zustand wird definitiv. Schützt das Gericht eine Einrede wegen eines prozessualen Mangels, so weist es die Klage durch ein Prozessurteil als unzulässig ab⁴⁹. Bei einer materiellen Einrede erlässt das Gericht ein Sachurteil. In beiden Fällen beendet der Vorfrageentscheid nicht nur das Vorfrageverfahren, sondern gleichzeitig auch den Hauptprozess.

Beendet ein gutheissender Entscheid nicht den eingeleiteten Prozess, so wird der Beklagte nur zur Zeit vom einlässlichen Vernehmen entbunden⁵⁰. Sobald der Mangel behoben ist, muss der Beklagte auf die Hauptsache eintreten.

45 Guldener 181.

46 ZPO 15 Abs. 2.

47 Kummer 177.

48 Statt vieler AGE 12.9.1973, ZGE 19.6.1969.

49 Guldener 172, Walder 247.

50 OGE 27.1.1953, ZGE 28.8.1952, 18.3./22.4.1948.

2. Bei Ablehnung einer Einrede

Weist das Gericht eine Uneinlässlichkeitseinrede rechtskräftig ab, so nimmt der Prozess seinen Fortgang. Der Entscheid verpflichtet den Beklagten zur materiellen Antwort auf die Klage⁵¹. In der Regel ist für die Behandlung der Hauptsache eine neue Tagfahrt anzuberaumen, es sei denn, der Beklagte verzichte auf die Weiterziehung des Vorentscheides und die Zeit reiche für die Behandlung der Klage noch aus.

§ 30 Rechtsbehelfe gegen Vorfrageentscheide

I Kantonale Rechtsmittel

A Appellation

1. Entscheide über die Zuständigkeit

Art. 15 Abs. 2 ZPO bezeichnet Entscheide, welche eine Unzuständigkeitseinrede guthessen oder verwerfen, ausdrücklich als appellationsfähig, sofern die Hauptsache selbst appellabel ist.

2. Entscheide betreffend Einlassungspflicht

Nach Art. 15 Abs. 2 ZPO ist die Appellation auch gegen Vorentscheide und Urteile zulässig, welche "die Einlassungspflicht des Beklagten" betreffen. Das Gesetz umschreibt allerdings den Begriff "Einlassungspflicht" nicht näher.

Der fragliche Begriff geht auf die Revision von 1860 zurück. Damals führte der Gesetzgeber¹ die Appellation gegen Vorfrageentscheide ein. Mit Entscheiden betreffend "Einlassungspflicht" waren solche gemeint, denen eine uneinlässliche Antwort zugrunde lag². Dies geht deutlich aus § 16 Abs. 3 lit. e der ZPO von 1895 hervor, der ausdrücklich nur Vorentscheide über Einreden der abgeurteilten Sache und Klagefristverwirkung unter den Begriff "Einlassungspflicht" subsumiert. Im Laufe der Zeit ist die Praxis von der ursprünglichen Unterscheidung zwischen uneinlässlichen und verzögerlichen Antworten abgekommen³. Dabei hat auch gleich-

⁵¹ ZGE 14.11.1974.

¹ Dazu Landsgemeindememorial 1860, 9.

² Ebenso ZGE 6.6.1936.

³ Vorne § 28 II C 3.

zeitig der Ausdruck "Einlassungspflicht" eine andere Auslegung erfahren. Nach langjähriger Praxis ist die Appellation nicht mehr auf Einreden der abgeurteilten Sache und Klagefristverwirkung beschränkt, sondern sie erfasst alle Uneinlässlichkeitseinreden, welche bei Gutheissung zu einem Prozess- oder Sachurteil führen⁴. Ob auch Entscheide, welche bei Gutheissung der Einrede die Rechtshängigkeit nicht aufheben, der Appellation unterliegen, lässt sich anhand der Praxis nicht eindeutig beantworten. Das Augenscheingericht⁵ hat immerhin kürzlich die Appellationsfähigkeit eines Entscheides betreffend Postulationsfähigkeit eines Anwaltes verneint.

3. Entscheide über die Zulässigkeit einer Widerklage

Gegen Entscheide, welche die Zulässigkeit einer Widerklage betreffen, steht den Parteien nach Art. 15 Abs. 2 ZPO ebenfalls die Appellation zu Gebote, sofern im übrigen der Fall appellabel ist.

B Nichtigkeitsbeschwerde

Sofern im konkreten Fall die Appellation nicht gegeben ist, kommt die Nichtigkeitsbeschwerde zum Zuge⁶.

II Rechtsbehelfe ans Bundesgericht

Als Rechtsbehelfe für den Weiterzug ans Bundesgericht kommen Berufung, Nichtigkeitsbeschwerde und staatsrechtliche Beschwerde in Betracht. Welcher dieser drei Rechtsbehelfe im konkreten Fall zur Anwendung gelangt, hängt entscheidend von der geltend gemachten Einrede ab. So sind allein bei Einreden der Unzuständigkeit je nach der im Einzelfall in Frage stehenden Zuständigkeit Berufung, Nichtigkeitsbeschwerde oder staatsrechtliche Beschwerde möglich⁷. Deshalb sei hier lediglich auf folgendes hingewiesen. Wenn vorhin gesagt worden ist, die Berufung komme in

4 OGE 20.6./11.10.1977, 20.6.1977, 14.2.1977, AGE 6.11.1974, 12.9.1973, ZGE 14.11.1974, 25.9.1969, 19.6.1969, 27.6./14.11.1968, 23.6.1966.

5 AGE 6.11.1974. Vgl. ferner ZPO 141, wonach bei Ablehnung eines Aufschubbegehrens die Appellation ausdrücklich nicht gegeben ist.

6 Vgl. ZPO 336.

7 Vgl. OG 49, 68, 86 Abs. 2.

Frage, so widerspricht das einem Entscheid des Bundesgerichtes^{8, 9}. In diesem vertrat das Bundesgericht die Auffassung, bei Gutheissung der Einrede der abgeurteilten Sache ergehe im Glarner Vorfrageverfahren "ein blosser Zwischenentscheid in Form eines Entscheids über eine Vorfrage", welcher lediglich besage, "dass der Beklagte sich auf die Klage nicht einlässlich zu äussern braucht, weil die Klage nachher als unzulässig abgewiesen werden soll." Dieser Ansicht des Bundesgerichtes steht aber eine über hundertjährige Praxis der Glarner Gerichte gegenüber, nach welcher neben dem Vorfrageverfahren gleichzeitig auch der Hauptprozess beendet wird. So bestimmt denn auch Art. 146 Abs. 4 ZPO, das Gericht habe einen Vorentscheid zu fällen oder, "bei endgültiger Erledigung eines Prozesses, ein Urteil." Welche Auswirkungen die Streitfrage hat, sagt das Bundesgericht¹⁰ gleich selbst: "Wäre der Entscheid ein Endentscheid, mit dem auf die Klage zufolge der Einrede der abgeurteilten Sache – auf sie läuft die glarnerische Ordnung hinaus – nicht eingetreten oder die Klage abgeschrieben würde, wäre gegen den Entscheid die Berufung an das Bundesgericht möglich." Angesichts der unzutreffenden Vorstellung des Bundesgerichtes über das Glarner Vorfrageverfahren empfiehlt es sich dringend, vorsorglicherweise beide Rechtsbehelfe einzulegen, um nicht bei einem neuen, anderslautenden Entscheid Rechtsnachteile befürchten zu müssen.

§ 31 Ausblick

Glarus gehört noch zu den wenigen Kantonen, welche es grundsätzlich dem Beklagten überlassen, ob er prozessuale Mängel, mit denen der eingeleitete Prozess behaftet ist, rügen will. Dieses Einredensystem wird schon seit langem kritisiert¹. Guldener² betrachtet es als verfehlt, "denn die Prozessvoraussetzungen bezeichnen die Grenzen, innerhalb welcher die Rechtsverwirklichung durch das Gericht erfolgen darf. Ob diese Grenzen einzuhalten sind, kann nicht von der Entschliessung der Parteien abhängen; sie sind vielmehr, sollte man glauben, vom Gericht von Amtes wegen einzuhalten." Der Grundsatz, dass prozessuale Mängel nur auf eine Einrede hin vom Gericht zu beachten sind, lässt sich denn auch nicht ohne Ausnahmen verwirklichen³. Es erstaunt daher nicht, dass in letzter Zeit einige Kantone⁴ vom Einredensystem abgekommen sind und das Hauptgewicht auf die Prozessvoraussetzungen legen, es somit dem Gericht zur Pflicht machen, das Vorhandensein der Prozessvoraussetzungen zu überprüfen.

8 BGE 104 Ia 107 Erw. 2b.

9 Vgl. aber OG 49, 50.

10 A.a.O. Erw. 2b am Ende.

1 So Andreas Heusler, Prozessvoraussetzungen und Prozesseinreden im schweizerischen Zivilprozessrechte, ZSR 41 (1922) 280 ff.

2 Guldener 182.

3 Vgl. vorne § 29 II B.

4 Z.B. Nidwalden, Solothurn, Schwyz.

Auch für den Glarner Zivilprozess drängt sich m.E. eine Abkehr von der gegenwärtigen Regelung auf, vermag doch diese aus mehreren Gründen nicht mehr zu befriedigen. Neben dem bereits erwähnten Grund, dass es Sache des Gerichtes sein muss zu entscheiden, inwieweit es tätig werden darf, geben vor allem das Einlassungsverweigerungsrecht und die Praxis zur Generalklausel des Art. 145 ZPO Anlass zur Kritik. Das Einlassungsverweigerungsrecht mit dem selbständigen Vorfrageverfahren bietet Hand zu mutwilligen Prozessverzögerungen. Der Beklagte kann durch Geltendmachung einer unbegründeten Uneinlässlichkeitseinrede einen Aufschub in der Hauptsache selbst erreichen. Besonders deutlich zeigt sich dies im schriftlichen Verfahren. Anstelle einer Klagebeantwortungsschrift braucht der Beklagte lediglich eine nicht näher zu begründende Vorfrage zu erheben, worauf eine Verhandlung über die Vorfrage anzuberaumen ist. De lege ferenda sollte das Einlassungsverweigerungsrecht aufgegeben und es dem richterlichen Ermessen überlassen werden, ob eine prozessuale Einrede aus prozessökonomischen Gründen vorweg zu behandeln ist. Was die gegenwärtige Praxis zur Generalklausel des Art. 145 ZPO anbelangt, so ist der Inhalt der Uneinlässlichkeitseinreden auf Einreden prozessualer Natur zu beschränken⁵. Es empfiehlt sich auch die Prozesshindernisse im Gesetz aufzuzählen. Künftig sollte auch die strenge Eventualmaxime des Art. 146 Abs. 1 ZPO gelockert und dem Beklagten die Möglichkeit gegeben werden, allfällige Einreden in der Klageantwort vorzubringen. Ferner bedarf auch der Begriff "Einlassungspflicht" in Art. 15 Abs. 2 ZPO einer präziseren Umschreibung.

Für die künftige gesetzliche Ausgestaltung gibt es verschiedene Möglichkeiten. Als Beispiele seien die Regelungen von Nidwalden und St. Gallen kurz angeführt.

Nidwalden⁶ hat bei der letzten Revision das System der Prozessvoraussetzungen eingeführt und dem Beklagten lediglich in drei Fällen ein Einlassungsverweigerungsrecht belassen. Es handelt sich dabei um die Einreden der Unzuständigkeit, Rechtshängigkeit und der abgeurteilten Sache. Bei den übrigen Prozessvoraussetzungen und -hindernissen ist es dem Gericht freigestellt, ob es diese in einem Vorverfahren oder im Zusammenhang mit der Hauptsache behandeln will.

Im St. Galler Zivilprozess⁷ sind Vorfragen betreffend Prozessvoraussetzungen und -hindernissen mit der Hauptsache zu verbinden. Mit Einwilligung der Gegenpartei oder der Gerichtsleitung können sie in einem Vorverfahren gesondert behandelt werden. Dieses hat sich auf das Vorfragethema zu beschränken.

⁵ Vgl. vorne § 28 V.

⁶ Zum folgenden Paul Odermatt, Grundzüge der Gerichtsorganisation und der Zivilrechtspflege im Kanton Nidwalden, Diss. Zürich 1971, 154 ff.

⁷ St. Gallen ZPO 281 Abs. 3.

4. Abschnitt

Befehlsverfahren und richterliche Weisungen

1. Kapitel

Das Befehlsverfahren

§ 32 *Wesen und Zweck des Befehlsverfahrens*

Der Zivilprozess dient der Rechtsverwirklichung und Rechtsgewissheit¹. Dies bedingt eine eingehende Auseinandersetzung mit dem Sachverhalt und den Rechtsfragen, was aber oft zu einem langatmigen und kostspieligen Prozess führt. Für diese umfassende Abklärung der umstrittenen Fragen steht den Parteien das ordentliche Verfahren² zur Verfügung. Dieses ist aber nicht in allen Fällen geeignet. Insbesondere vorläufiger und rascher Rechtsschutz ruft nach einem entsprechend ausgestalteten Verfahren. Das hiezu prädestinierte Verfahren ist das Summarium. Das Befehlsverfahren wiederum stellt nur ein Anwendungsgebiet des summarischen Prozesses dar.

Die Besonderheit des summarischen Verfahrens gegenüber dem ordentlichen Verfahren besteht in den beschränkten Angriffs- und Verteidigungsmitteln³. Beweise sind nur insofern abzunehmen, als dadurch das Verfahren nicht erheblich verzögert wird. Das führt zu einer Beschränkung der richterlichen Kognition auf unverzüglich bewiesene Hauptpunkte⁴. Neben dem Prozessstoff erfährt auch das formelle Verfahren Beschränkungen, damit ein abgekürzter, einfacher und rascher Prozess gewährleistet ist.

1 Guldener 46.

2 Das beschleunigte Verfahren ist ebenfalls ein ordentliches Verfahren, Guldener 476 Anm. 2, Walder 399.

3 Guldener 476.

4 Sog. *prima facie cognitio*, dazu Briegleb 169 ff., 303 ff., Kummer 253 f., vgl. auch ZPO 282 Ziff. 1 1. Halbsatz, wo von nicht streitigen oder sofort herstellbaren tatsächlichen Verhältnissen die Rede ist.

§ 33 *Stellung des Befehlsverfahrens im Glarner Zivilprozess*

I Verhältnis zu den allgemeinen sowie speziellen Bestimmungen des ordentlichen Prozessverfahrens

A Grundsatz

Das Befehlsverfahren ist selbständig im 4. Abschnitt des 3. Teils der Zivilprozessordnung in den Artikeln 282–292 geregelt. Diese elf Artikel sagen nichts darüber aus, ob und in welchem Umfange die allgemeinen und speziellen Bestimmungen des ordentlichen Prozessverfahrens auf das Befehlsverfahren anwendbar sind. Lediglich Art. 291 Abs. 2 ZPO verweist für die Parteiverhandlung im Befehlsverfahren auf einzelne Artikel des einzelrichterlichen Verfahrens. Trotz dem Schweigen des Gesetzes ist die analoge Anwendung der allgemeinen und speziellen Vorschriften des ordentlichen Verfahrens grundsätzlich zu bejahen. In zweierlei Hinsicht bestehen aber Schranken. Die besonderen Bestimmungen über das Befehlsverfahren gehen denjenigen des ordentlichen Verfahrens vor. Sodann findet die Anwendung der Vorschriften über das ordentliche Verfahren ihre Grenzen im Wesen des Befehlsverfahrens. Lässt sich eine bestimmte Vorschrift des ordentlichen Verfahrens damit nicht vereinbaren, so ist die Anwendbarkeit zu verneinen¹.

B Einzelfragen

Die Regeln über die Gerichtsstände gelten sinngemäss auch im Befehlsverfahren. Insbesondere ist auch der Gerichtsstand der vorbehaltlosen Einlassung möglich². Was die Nebenparteien anbetrifft, so kommen sowohl Nebenintervention als auch Streitverkündung in Frage, sofern sie im konkreten Fall überhaupt möglich sind³. Die Zulässigkeit der Widerklage ist umstritten⁴. Wirkt sich die Widerklage jedoch nicht verzögernd auf das Befehlsverfahren aus, so steht bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen⁵ einer Widerklage nichts im Wege⁶. Uneinlässlichkeitseinreden

1 Dieser Grundsatz gilt allgemein für das Verhältnis des summarischen Verfahrens zu den allgemeinen und speziellen Vorschriften des ordentlichen Verfahrens, Kummer 260.

2 OGE 18.6.1973.

3 So ausdrücklich St. Gallen ZPO 374 Abs. 2 (dazu Lutz N. 6 zu Art. 390 ZPO); Brandenburg 34, Gschwend 83, Leuch N. 2 zu Art. 44 ZPO, Reinert 46, Sträuli/Messmer N. 4 zu § 204 ZPO. A.M. E.W. Baur 33, Heggli 24 f., Meier 33 f., Munz 58. Vgl. auch Kummer 260 (bejahend nur in bezug auf die Intervention; die Streitverkündung erübrige sich, da über materielle Ansprüche nicht definitiv entschieden werde).

4 Bejahend Lutz N. 1 zu Art. 390 ZPO, Sträuli/Messmer N. 4 zu § 204 ZPO, Walder 140, insbes. Anm. 8, verneinend Kummer 260, Brandenburg 35.

5 Gleiche Verfahrensart, Konnexität, sachliche Zuständigkeit.

6 Vgl. PV 16.8.1974. In diesem Entscheid ging es um die Herausgabe vorenthaltener Sachen. Die Gegenpartei verweigerte die Herausgabe, da der Gesuchsteller ebenfalls Gegenstände des andern zurückbehält. Hier wäre ohne weiteres eine Widerklage denkbar gewesen.

sind ebenfalls zulässig⁷, doch sind sie nur im Zusammenhang mit der Hauptsache zu behandeln⁸, damit nicht die Raschheit des Befehlsverfahrens in Frage gestellt wird. Die Vorschriften über die unentgeltliche Prozessführung greifen auch im Befehlsverfahren Platz⁹. Da das Befehlsverfahren raschen Rechtsschutz bezweckt, ist es einleuchtend, dass der Gesuchsteller den Befehlsrichter auch während den Gerichtsferien anrufen kann¹⁰. Die Edition von Urkunden kommt auch für das Befehlsverfahren in Betracht¹¹. Kostenvorschusspflichtig ist selbstredend der Gesuchsteller; in Ausnahmefällen darf sogar das schriftliche Verfahren angewendet werden¹².

II Befehlsverfahren und summarisches Verfahren

Das Befehlsverfahren stellt nur einen Anwendungsfall des summarischen Verfahrens dar. Sieht man von den richterlichen Weisungen¹³ ab, so ist es aber das einzige in der Zivilprozessordnung geregelte Summarium. Die anderen summarischen Verfahren finden sich in den Einführungsgesetzen zum ZGB, OR und SchKG¹⁴.

Welche Angelegenheiten ins summarische Verfahren im allgemeinen und ins Befehlsverfahren im besonderen gehören, bestimmt sich entweder nach Bundesrecht oder nach kantonalem Recht. Wichtigste bundesrechtliche Vorschrift ist Art. 25 Ziff. 2 SchKG, der den Kantonen für Prozesse, die den Rechtsvorschlag und das Konkursbegehren betreffen, verbindlich das Summarium vorschreibt. Darüber hinaus steht es den Kantonen frei, noch für weitere betreibungsrechtliche Sachen das summarische Verfahren vorzusehen. Da auch vorsorgliche Massnahmen ihrem Wesen nach Summarsachen sind¹⁵, finden sich noch weitere bundesrechtliche Bestimmungen in verschiedenen Gesetzen verstreut¹⁶. Erwähnt sei hier auch noch Art. 712c Abs. 3 ZGB, der für den Einspruch der Stockwerkeigentümer gegen die Veräusserung eines Stockwerkes das Summarium vorschreibt.

Abgesehen von den bundesrechtlichen Vorschriften, ist es den Kantonen überlassen, noch weitere Angelegenheiten ins summarische Verfahren zu weisen¹⁷. Da-

7 OGE 18.6.1973, PV 17.11.1972/5.1.1973.

8 Guldener 483 Anm. 49; vgl. auch vorne § 29 III A 3.

9 Brandenburg 38, Hüsey 68, Meier 60 f.; a.M. Heggli 29.

10 Vgl. ZPO 24 2. Satz sowie die folgenden Daten: PV 15.7.1977, 8.7.1977.

11 PV 2.3.1973.

12 PV 22.8.1974, 17.11.1972/5.1.1973.

13 Vor allem die vorsorglichen Massnahmen (ZPO 97 Abs. 1 Ziff. 5) und die Sicherstellung gefährdeter Beweise (ZPO 103 ff.) sind dem Wesen nach ebenfalls Summarsachen, Guldener 479.

14 Vgl. insbesondere EG ZGB 2a und 2b, EG OR 2, EG SchKG 34–41.

15 Guldener 479, Kummer 255.

16 Vgl. beispielsweise ZGB 145, UWG 9–12.

17 BGE 94 II 108.

bei kann es sich entweder um bundesrechtliche oder um kantonalrechtliche Sachen handeln¹⁸.

III Befehlsverfahren und richterliche Weisungen

Nach der gesetzlichen Ausgestaltung gehören die richterlichen Weisungen ebenfalls zu den Summarsachen¹⁹. Insbesondere dienen sowohl das Befehlsverfahren als auch die richterlichen Weisungen dem Erlass vorsorglicher Massnahmen²⁰. "Die Abgrenzung gegenüber dem Befehlsverfahren (Art. 282 ff.) besteht darin, dass die richterlichen Weisungen (die auch einstweilige Verfügungen umfassen) ausschliesslich Platz greifen, sobald die betreffende Angelegenheit in Zusammenhang mit einem bereits angehobenen Prozesse steht. Andernfalls kommt das Befehlsverfahren zur Anwendung, es sei denn dass ein in Art. 96 ff. ausdrücklich angeführter Fall vorliegt"²¹.

IV Amtsbefehl und Rechtbot

Sowohl Amtsbefehle wie Rechtbote können Verbote enthalten, so dass mit beiden Instituten in bestimmten Fällen der gleiche Zweck verfolgt werden kann. Das gilt hauptsächlich im Bereich des Besitzschutzes, da neben dem Befehlsverfahren auch die Rechtbote²² für den Besitzer als geeigneter Rechtsbehelf in Frage kommen.

Trotzdem bestehen zwischen Rechtbot und Befehlsverfahren grundlegende Unterschiede. Im Gegensatz zum Rechtbot kann der Amtsbefehl auch gebieten²³. Dafür steht für allgemeine Verbote, die sich an eine unbekannte Anzahl von Adressaten richten, nur das allgemeine Rechtbot²⁴ zur Verfügung, da Amtsbefehle²⁵ nur Verbote an bestimmte Personen beinhalten können. Im Einzelfall ist deshalb lediglich zwischen Amtsbefehl und Spezialrechtbot ein Konflikt möglich.

Ein weiterer wesentlicher Unterschied besteht darin, dass Amtsbefehle aufgrund richterlicher Erkenntnistätigkeit ergehen, während sich das Institut des Rechtbotes gerade dadurch auszeichnet, dass eine materielle Kognition nicht stattfindet. Die

18 Kummer 256.

19 Vgl. Landsgemeindememorial 1965, 56 ("In Art. 99, 100 und 102 wird das Verfahren analog zum Befehlsverfahren geordnet ...") und ZPO 101.

20 Vgl. ZPO 97 Abs. 1 Ziff. 5 und ZPO 282 Ziff. 2.

21 Landsgemeindememorial 1965, 56.

22 Hauri 24; vgl. auch ZPO 294, 295.

23 Vgl. ZPO 284 Ziff. 1 und 293 Abs. 1 2. Satz.

24 ZPO 295, 293.

25 ZPO 284 Ziff. 1.

Prüfung des Richters beschränkt sich beim Rechtbot auf die formelle Zulässigkeit²⁶. Rechtbote sind m.a.W. Verfügungen einer Partei, welcher der Richter auf Begehren hin für den konkreten Einzelfall seine Verfügungsgewalt delegiert und ihr seine öffentlich-rechtliche Befugnis zum Erlass einer Verfügung abtritt, indem er seine Unterschrift und den Amtsstempel unter das angeehrte Rechtbot setzt²⁷.

Der Erlass von Rechtboten erfolgt sodann grundsätzlich ohne Anhörung des Rechtbotempfängers²⁸. Auch bei Amtsbefehlen kann die Verfügung ohne Anhören der Gegenpartei ergehen²⁹. Bei beiden Instituten kann jedoch die nicht zu Wort gekommene Partei gegen die ergangenen Verfügungen ihre Einwendungen vorbringen. Bei Amtsbefehlen findet die nachträgliche Anhörung innert kurzer Frist im Befehlsverfahren statt³⁰, während bei Rechtboten dafür nur der zeitraubende ordentliche Prozessweg offensteht, indem der Rechtbotempfänger die Klage auf Öffnung des Rechtsbotes beim Vermittler einleiten muss³¹.

Auch beim Zeitpunkt des Eintrittes der Wirkungen zeigen sich erhebliche Unterschiede. Beim Spezialrechtbot treten die Wirkungen schon im Zeitpunkt der rechtmässigen Zustellung ein³². Anders verhält es sich bei den Amtsbefehlen, die, abgesehen von der superprovisorischen Verfügung, ihre Wirkungen erst dann entfalten, wenn die Gegenpartei ihren Standpunkt vertreten konnte oder zumindest dazu Gelegenheit hatte³³.

Soweit Spezialrechtbot und Amtsbefehl den gleichen Zweck verfolgen und der eine oder andere Rechtsbehelf im Einzelfall nicht bereits zum vorneherein ausgeschlossen ist, kommt für die Frage, ob der Richter ein Rechtbot oder einen Amtsbefehl erlassen soll, dem Willen des Antragstellers entscheidende Bedeutung zu. Verlangt dieser ein Spezialrechtbot, so darf der Richter nicht einen entsprechenden Amtsbefehl verfügen³⁴. Dem Richter bleibt keine Entscheidungsfreiheit, da er an den Willen des Gesuchstellers gebunden ist.

26 ZPO 293 Abs. 3; Landsgemeindememorial 1965, 61 ("Art. 293 Abs. 3 will nicht eine materielle Kognition einführen, sondern bezieht sich in erster Linie auf die formelle Zulässigkeit."); Becker 87, Fritzsche, Rechtsbot 39 f., Hauri 16 ff.

27 Becker 87, Hauri 14.

28 Landsgemeindememorial 1965, 61; Becker 87, Fritzsche, Rechtsbot 39; vgl. auch ZPO 293 Abs. 3. Das Bundesgericht hat im Entscheid 87 I 100 ff. den Erlass eines Spezialrechtbotes ohne Anhörung der Gegenpartei als Verletzung des Anspruches auf rechtliches Gehör (BV 4) taxiert. Dieser Entscheid blieb aber ohne Einfluss auf die Glarner Praxis. Selbst der Gesetzgeber trug dem Bundesgerichtsurteil keine Rechnung (Landsgemeindememorial 1965, 61).

29 ZPO 286 Abs. 3.

30 ZPO 286 Abs. 3; Becker 91.

31 ZPO 296; Becker 91.

32 ZPO 294 Abs. 1 2. Satz; Hauri 71 f.

33 ZPO 286 Abs. 3; sowie hinten § 35 III B.

34 OGE 9.6.1943; Hauri 16.

V *Ordentliches Verfahren und Befehlsverfahren*

Dem Kläger ist es grundsätzlich anheimgestellt, ob er seinen Anspruch im Befehlsverfahren oder im ordentlichen Verfahren durchsetzen will³⁵. Ausnahmen ergeben sich dort, wo kraft Gesetzesvorschrift³⁶ oder der Natur der Sache³⁷ nach das eine oder andere Verfahren ausgeschlossen bzw. vorgeschrieben ist³⁸. Wenn beide Verfahrensarten wahlweise zur Verfügung stehen, kann der Kläger nach der Glarner Praxis nicht gleichzeitig beide Wege beschreiten³⁹. Dem Beklagten steht im später rechtshängigen Prozess die Einrede der Rechtshängigkeit zu.

§ 34 *Zweck des Befehlsverfahrens*

I *Kurzer Überblick*

Nach Art. 282 ZPO bezweckt das Befehlsverfahren^{1, 2}:

- Schnelle Handhabung klaren Rechts bei nicht streitigen oder sofort herstellbaren tatsächlichen Verhältnissen,
- Vollstreckung von Ansprüchen nach rechtskräftiger gerichtlicher Feststellung und Vergleichen, soweit nicht die Bestimmungen des Gesetzes über Schuldbeitreibung und Konkurs anwendbar sind,
- Anordnung vorsorglicher Massnahmen vor Anhängigmachung eines Rechtsstreites,
- Besitzschutz und
- Vorlegung von beweglichen Sachen.

35 Statt vieler Guldener 480, Strauli/Messmer N. 11 vor § 204 ZPO; vgl. auch BGE 102 II 63.

36 So ist das Befehlsverfahren für die kantonale rechtliche Zwangsvollstreckung vorgeschrieben, vgl. ZPO 349.

37 Klagen auf Ehescheidung sind z.B. im Befehlsverfahren ausgeschlossen.

38 Vgl. dazu hinten § 34 III.

39 PV 4./11.10.1974, 23.9.1959. Ebenso die Zürcher Praxis, vgl. ZR 73 Nr. 10, Strauli/Messmer N. 11 vor § 204 ZPO. Vgl. aber Guldener, Supplement II, 91.

1 Die Anwendungsfälle des Glarner Befehlsverfahrens entstammen § 292 Zürich aZPO vom 13.4.1913 (OGE 18.1.1956). Schaffhausen ZPO 297 stimmt mit der Glarner Regelung überein. EG ZGB 6 Abs. 1 Ziff. 6 gilt nicht mehr, vgl. ZPO 367 Abs. 2.

2 Die einzelnen Prozessgesetze weisen die verschiedensten Angelegenheiten ins Befehlsverfahren, so dass von Kanton zu Kanton zum Teil erhebliche Unterschiede bestehen, vgl. etwa Appenzell I.Rh. ZPO 247, Graubünden ZPO 166 f., Thurgau ZPO 196.

II Die einzelnen Anwendungsfälle

A Schnelle Handhabung klaren Rechts³ (ZPO 282 Ziff. 1 1. Halbsatz)

1. Rechtliche Natur dieses Verfahrens

Das Verfahren zur schnellen Handhabung klaren Rechts stellt ein Erkenntnisverfahren dar, welches durch einen Sachentscheid, der zugleich einen richterlichen Vollstreckungsbefehl enthält, seinen Abschluss findet. Entschieden wird in diesem Verfahren über den Bestand eines Rechtes, nicht etwa über dessen Vollstreckbarkeit⁴. Daher muss dieses schnelle Erkenntnisverfahren klar vom kantonalrechtlichen Zwangsvollstreckungsverfahren gemäss Art. 282 Ziff. 1 2. Halbsatz ZPO getrennt werden.

Die Zuweisung von zivilrechtlichen Streitigkeiten ins Befehlsverfahren, wie sie die Glarner Zivilprozessordnung vorsieht, hält vor dem Bundesrecht stand. Gegenteilige Vorschriften des Bundes vorbehalten, steht es den Kantonen aufgrund der ihnen durch Art. 64 Abs. 3 BV eingeräumten Prozessrechtshoheit frei, in welches Verfahren (ordentliches, beschleunigtes oder summarisches) sie die Beurteilung von zivilrechtlichen Streitigkeiten weisen wollen⁵.

2. Umfang der in diesem Verfahren durchsetzbaren Ansprüche

Im Verfahren zur schnellen Handhabung klaren Rechts lässt sich, unabhängig von der sachlichen Zuständigkeit im ordentlichen Prozess, grundsätzlich jeder zivilrechtliche Anspruch durchsetzen, sofern der Rechtsweg überhaupt gegeben ist⁶. Wesentlich ist einzig, dass klare Verhältnisse in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht bestehen. Bei klaren Verhältnissen ist es auf diese Weise möglich, rasch und billig zu einem richterlichen Entscheid zu gelangen, unter Umgehung des oft langwierigen ordentlichen Prozesses. Allerdings lässt sich der soeben erwähnte Grundsatz nicht ausnahmslos verwirklichen; er erfährt verschiedene Einschränkungen⁷.

³ Dieses Verfahren kennen z.B. auch Appenzell A.Rh. ZPO 249 Ziff. 1, Appenzell I.Rh. ZPO 247 Abs. 1 Ziff. 1, Luzern ZPO 348 Ziff. 1, Schaffhausen ZPO 297 Ziff. 1, Schwyz ZPO 176 Ziff. 2, St. Gallen ZPO 389 Ziff. 1, Uri ZPO 224 lit. a, Zürich ZPO 222 Ziff. 2.

⁴ BGE 103 II 51, ZR 54 Nr. 90; Guldener, Zwangsvollstreckung und Zivilprozess, ZSR 74 (1955) I 20 f., Sieben 16, Sträuli/Messmer N. 6 zu § 222 ZPO, Walder 408.

⁵ BGE 94 II 108, 84 II 79 f.

⁶ Gschwend 56, Meier 84, Sieben 16, 18.

⁷ Mehr dazu hinten III dieses Paragraphen.

3. Voraussetzungen für das Verfahren zur schnellen Handhabung klaren Rechts

Dieses im Befehlsverfahren geregelte, raschen Rechtsschutz bezweckende Erkenntnisverfahren ist nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig. Es muss einerseits klares Recht vorliegen, und andererseits müssen die tatsächlichen Verhältnisse entweder unbestritten oder doch sofort herstellbar sein⁸. Ist die eine oder andere Voraussetzung nicht gegeben, so spricht man von Illiquidität. Trifft dies im konkreten Fall zu, so kann der geltend gemachte Anspruch nur im ordentlichen Verfahren, nicht aber im Befehlsverfahren durchgesetzt werden⁹. Es fehlt bei illiquiden Verhältnissen an einer besonderen Prozessvoraussetzung für das Befehlsverfahren, und das illiquide Amtsbefehlsbegehren ist durch ein Prozessurteil zu erledigen, welches ohne materielle Rechtskraftwirkung für den Richter im ordentlichen Verfahren bleibt¹⁰.

a) *Klares Recht*

Eine erste Voraussetzung bezieht sich auf die rechtlichen Verhältnisse des eingeklagten Anspruches. Das auf den angebehrten Amtsbefehl anzuwendende Recht muss klar sein. Die sich ergebenden Rechtsfragen muss der Richter sofort und eindeutig beantworten können¹¹. Das heisst aber nicht, die Lösung müsse sich bereits aufgrund des Wortlautes eines Rechtssatzes ergeben, sondern es genügt, wenn die nach bewährter Lehre und Überlieferung vorgenommene Auslegung zu einem eindeutigen Resultat führt¹². Liquide rechtliche Verhältnisse sind hinsichtlich der materiellen Rechtslage erforderlich. Zweifel in bezug auf die Prozessvoraussetzungen reichen für die Verneinung klaren Rechts nicht aus¹³.

b) *Nicht streitige oder sofort herstellbare tatsächliche Verhältnisse*

In tatsächlicher Hinsicht muss ebenfalls Klarheit herrschen. Dies ist der Fall, wenn entweder die tatsächlichen Verhältnisse von der Gegenpartei als richtig anerkannt werden und somit nicht streitig sind oder wenn der Gesuchsteller sie sofort klar darlegen kann¹⁴. Hiezu ist voller Beweis nötig¹⁵. Mit dem Erfordernis der Liquidität der tatsächlichen Verhältnisse lässt es sich nicht vereinbaren, dass blosser Glaub-

8 ZPO 282 Ziff. 1 1. Halbsatz.

9 OGE 27.9.1975, 15.12.1958.

10 Guldener 486 Anm. 71, Walder, Prozesserledigung 77.

11 OGE 27.9.1975.

12 Guldener 134 Anm. 12; vgl. auch OGE 27.10.1959.

13 Guldener 479 Anm. 30; vgl. ferner PV 17.11.1972/5.1.1973.

14 ZPO 282 Ziff. 1 1. Halbsatz; vgl. auch OGE 18.1.1956.

15 OGE 27.9.1975 ("... ohne Umstände und eindeutig dem Richter nachgewiesen wird."); Brandenburg 85, Sieben 17.

haftmachung genügt. Das Gesetz verlangt die sofortige Herstellbarkeit des Tatbestandes. Ein langwieriges Beweisverfahren verträgt sich damit nicht. Von der Gegenpartei erhobene Einwendungen und Einreden sind sofort zu entkräften¹⁶. Gelingt dies nicht, so fehlt es an der erforderlichen Liquidität.

4. Beispiele aus der Praxis

Das Verfahren zur schnellen Handhabung klaren Rechts dient in der Praxis vor allem zur Durchsetzung folgender Ansprüche: Einberufung von Generalversammlungen, Vereinsversammlungen etc.¹⁷, Herausgabe von Sachen¹⁸, Herausgabe von unter Eigentumsvorbehalt verkaufter Sachen¹⁹, Schutz vor Immissionen²⁰, Rückgabe vermieteter Gegenstände nach Ablauf der Mietdauer²¹, Besitzerschutz²².

B Kantonales Vollstreckungsverfahren²³ (ZPO 282 Ziff. 1 2. Halbsatz)

1. Kantonale und bundesrechtliche Zwangsvollstreckung

Art. 282 Ziff. 1 ZPO regelt neben dem Erkenntnisverfahren zur schnellen Handhabung klaren Rechts auch noch die kantonalrechtliche Zwangsvollstreckung, welche "die Vollstreckung von Ansprüchen nach rechtskräftiger gerichtlicher Feststellung und Vergleichen" bezweckt. Daneben gibt es noch ein vom Bundesrecht geordnetes Vollstreckungsverfahren. Bund und Kantone teilen sich somit in der Aufgabe der Zwangsvollstreckung.

Die Vollstreckung von Ansprüchen auf Geldzahlung oder auf Sicherheitsleistung durch Geldhinterlage erfolgt ausschliesslich nach dem Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889²⁴. In allen übrigen Fällen kommt das kantonale Vollstreckungsrecht zum Zuge²⁵.

16 ZR 76 Nr. 58 Erw. 1; Sträuli/Messmer N. 3 zu § 226 ZPO.

17 OGE 28.8.1974, PV 20.8.1976, 2.3.1973.

18 PV 16.12.1976, 15.2.1974, 29.5.1970.

19 PV 17.10.1975, 1.3.1974, 23.11.1973, 28.9.1973.

20 PV 28.7.1972, 8.5.1970, 3.6.1966.

21 PV 26.5.1971, 1.3.1971.

22 PV 30.3.1973, 19.1.1968, 3.6.1966, 15.11.1955.

23 Dazu auch Urs Haubensak, Die Zwangsvollstreckung nach der zürcherischen Zivilprozessordnung (Zürcher Schriften zum Verfahrensrecht, Bd. 14), Diss. Zürich 1975.

24 ZPO 282 Ziff. 1 am Ende hält den Vorrang des Bundesrechtes nochmals ausdrücklich fest.

25 ZPO 282 Ziff. 1 2. Halbsatz, 349, OR 97 Abs. 2; Guldener 596, Walder 457.

2. Gegenstand der kantonalen Zwangsvollstreckung

Nach Art. 282 Ziff. 1 2. Halbsatz ZPO dient das Befehlsverfahren der Vollstreckung von gerichtlich festgestellten, rechtskräftigen Ansprüchen sowie von Vergleichen.

a) Ansprüche nach rechtskräftiger gerichtlicher Feststellung

aa) Allgemeines

Mit gerichtlich festgestellten Ansprüchen sind Entscheide der Zivilgerichte gemeint²⁶. Ihnen sind die Entscheidungen der Schiedsgerichte gleichgestellt²⁷. Auch Adhäsionsurteile der Strafgerichte fallen unter diesen Begriff. Im Befehlsverfahren ist jedoch der Vollzug von Entscheiden der Verwaltungsbehörden ausgeschlossen, da dafür der Regierungsrat zuständig ist²⁸.

Voraussetzung für die Vollstreckung der Erkenntnisse ist der Eintritt der formellen Rechtskraft²⁹. Bei Einlegung eines ausserordentlichen Rechtsmittels kann aber der Vollzug eines rechtskräftigen Entscheides aufgeschoben werden³⁰. Bei drohender Gefahr ist schon vor dem definitiven Eintritt der formellen Rechtskraft eine Vollstreckung möglich³¹.

Nicht jeder gerichtlich festgestellte Anspruch unterliegt der Realexekution. Bei Feststellungs- und Gestaltungsurteilen treten die Wirkungen bei Eintritt der Rechtskraft von alleine ein. Diese beiden Urteilsarten sind folglich nicht vollstreckungsbedürftig³². Rechtbote halten einen bestimmten rechtlichen Zustand fest und sind daher ebenfalls nicht vollstreckbar³³. Die Realexekution beschränkt sich somit auf Leistungsurteile. Ausnahmsweise dürfen aber auch sie nicht vollstreckt werden, man denke nur an das Zwangsvollstreckungsverbot unter Ehegatten^{34, 35}.

Die vollziehbaren gerichtlichen Entscheide sind im Normalfall Sachurteile. Dem Zwangsvollzug unterliegen aber auch andere richterliche Entscheidungen. Dies gilt insbesondere für Prozesserledigungen infolge Abstandes vom Prozess im Sinne von

26 Vgl. ZPO 349.

27 ZPO 362.

28 KV 52 Abs. 2 Ziff. 3, Art. 2 Abs. 2 Ziff. 3 der Verordnung über die Organisation und Geschäftsführung des Regierungsrates und seiner Direktionen vom 15. Juni 1887 (GS II A/3 /2). Unzutreffend daher PV 16.6.1972.

29 ZPO 282 Ziff. 1, 349, 362; Haubensak a.a.O. 8 ff.

30 ZPO 330, 343 Abs. 2.

31 ZPO 100, 286 Abs. 3 letzter Satz; PV 18.7.1974.

32 Kummer 235, Stein/Jonas/Pohle vor § 704 III 1.

33 Fritzsche, Rechtsbot 41, Hauri 72 f. Immerhin kann der Berechtigte die bei der Übertretung des Rechtbotes entstandene Veränderung des tatsächlichen Zustandes mit Hilfe eines richterlichen Gebotes wiederherstellen lassen, vgl. PV 18.7.1974, 1.10.1965.

34 ZGB 173–176.

35 Weitere Ausnahmen bei Haubensak a.a.O. 6 ff.

Art. 47 ZPO. Vorsorgliche Massnahmen regeln den Zustand für eine gewisse Zeitspanne und müssen deshalb vollstreckungsfähig sein³⁶.

bb) Ausserkantonale und ausländische Erkenntnisse im besonderen

Art. 282 Ziff. 1 2. Halbsatz ZPO spricht ganz allgemein von "Vollstreckung von Ansprüchen nach rechtskräftiger gerichtlicher Feststellung", und auch die übrigen Vorschriften der Zivilprozessordnung äussern sich nicht zum Vollzug ausserkantonalen und ausländischer Entscheide.

Gemäss Art. 61 BV sind die Kantone zur Vollstreckung rechtskräftiger Entscheidungen von Gerichten anderer Kantone verpflichtet. Interkantonale besteht trotz Schweigen der Glarner ZPO aufgrund des Bundesrechts eine Vollstreckungspflicht. Das gleiche trifft nach Art. 380 StGB auch für Adhäsionsurteile zu. Von der Vollzugspflicht werden sowohl Urteile aufgrund eigener Rechtsfindung des Erkenntnisgerichtes bzw. aufgrund von Parteierklärungen³⁷ als auch vorsorgliche Massnahmen erfasst³⁸.

Die Pflicht der Kantone zum Vollzug ausserkantonalen Entscheide tritt erst ein, wenn eine Reihe von Voraussetzungen erfüllt ist³⁹. Einmal muss der Entscheid nach dem Recht des Erkenntniskantons in formelle Rechtskraft erwachsen sein⁴⁰. Sodann müssen in analoger Anwendung von Art. 81 Abs. 2 SchKG die Zuständigkeit des urteilenden Richters sowie gehörige Vorladung und richtige gesetzliche Vertretung vorliegen⁴¹. Bei Schiedssprüchen muss das Schiedsgericht zudem dem Erfordernis unabhängiger Rechtssprechung genügen⁴². Fehlende Voraussetzungen kann der Beklagte analog Art. 81 Abs. 2 SchKG einredeweise geltend machen⁴³.

Urteile des Bundesgerichtes sind vom Bundesrat zu vollziehen, sofern das Bundesgericht als erste und einzige Instanz Recht gesprochen hat⁴⁴. Handelte das Bundesgericht als Rechtsmittelinstanz, so müssen die Kantone nach Art. 39 OG diese Entscheidungen in gleicher Weise vollstrecken wie die Urteile der eigenen Gerichte.

36 PV 18./23.6.1976, 12.5.1967, 9.4.1965; Guldener 601 insbes. Anm. 31; vgl. auch ZPO 272.

37 BGE 88 I 163 Erw. 2, 87 I 67 Erw. 3b.

38 Guldener, Internationales Zivilprozessrecht 88 insbes. Anm. 21, Haubensak a.a.O. 16.

39 Vgl. auch OGE 20.6./11.10.1977.

40 OGE 20.6./11.10.1977; Haubensak a.a.O. 18.

41 Guldener, Internationales Zivilprozessrecht 88 f. Die Zuständigkeit und gehörige Vorladung bestimmen sich nach dem Recht des Erkenntniskantons, die richtige gesetzliche Vertretung nach Bundesrecht und die richtige Zustellung nach dem Recht des Zustellungsortes, Guldener, Internationales Zivilprozessrecht 89, insbes. Anm. 27 und 28; vgl. auch OGE 20.6./11.10.1977.

42 BGE 97 I 489.

43 BGE 87 I 71 Erw. 5; Walder 458 Anm. 11.

44 BZP 74 ff.

Zum Vollzug von Entscheiden ausländischer Gerichte ist ein Kanton nur verpflichtet, wenn aufgrund eines Bundesgesetzes oder Staatsvertrages eine solche Pflicht besteht. Soweit in dieser Beziehung nichts vorgeschrieben wird, können die Kantone bestimmen, ob und unter welchen Bedingungen sie die Vollstreckung ausländischer Urteile gewähren wollen⁴⁵. Die Glarner Zivilprozessordnung enthält aber diesbezüglich keine Vorschrift. Wie dieses Schweigen auszulegen ist, lässt sich aufgrund der fehlenden Praxis nicht beantworten. Sofern man die Vollstreckung ausländischer Urteile bejaht, was sich aus rechtsstaatlichen Gründen aufdrängt, sind in Anwendung allgemeiner Grundsätze neben den Voraussetzungen, welche an ausserkantonale Entscheide gestellt werden, auch noch Einklang mit dem inländischen *Ordre public* zu fordern⁴⁶.

b) *Vergleiche*

Art. 282 Ziff. 1 2. Halbsatz ZPO sieht auch ausdrücklich die Realexekution von Vergleichen vor. In erster Linie betrifft dies gerichtliche Vergleiche. Ausserkantonale gerichtliche Vergleiche sind dann zu vollstrecken, wenn ihnen nach dem Recht des Erkenntnisgerichtes die Qualität eines Vollstreckungstitels zukommt⁴⁷.

Unter den Begriff "Vergleich" in Art. 282 Ziff. 1 2. Halbsatz ZPO fallen nach der Auffassung des Obergerichtes⁴⁸ auch aussergerichtlich abgeschlossene Vergleiche und zwar aus folgenden, zutreffenden Erwägungen: "Die Frage, ob ein in einem Strafverfahren vor dem Verhörerichter abgeschlossener Vergleich, der sich auch auf zivile Ansprüche bezieht, ein richterlicher Vergleich ist, kann hier offen gelassen werden. Der Beschwerdeführer übersieht nämlich, dass sich das Amtsbefehlsverfahren auch auf die Vollstreckung von Ansprüchen nach Vergleichen bezieht. Im Gegensatz zur rechtskräftigen gerichtlichen Feststellung ist im Zusammenhang mit den Vergleichen in Art. 282 Ziff. 1 ZPO das Wort gerichtlich nicht enthalten, und zwar bewusst, weil ja auch aussergerichtlich abgeschlossene Vergleiche vollzogen werden können müssen. Das liegt auf der Hand, denn sonst könnten aussergerichtliche Vergleiche nicht vollstreckt werden." Die gegen diese Begründung des Obergerichtes eingereichte staatsrechtliche Beschwerde hat das Bundesgericht⁴⁹ abgewiesen und die Auffassung des Obergerichtes als nicht willkürlich taxiert.

45 Guldener, Internationales Zivilprozessrecht 94, Walder 457.

46 Guldener, Internationales Zivilprozessrecht 95 ff., vgl. auch Zürich ZPO 302 sowie BGE 103 Ia 532 Erw. 3a und dort erwähnte Entscheide.

47 BGE 88 I 163 Erw. 2, 87 I 67 Erw. 3b; Guldener, Internationales Zivilprozessrecht 87, sowie 106 f. und 157 f. über die Vollstreckung von Vergleichen, die vor ausländischen Gerichten abgeschlossen worden sind.

48 OGE 18.6.1973.

49 Unveröffentlichter BGE vom 27.3.1974 i.S. Schärer c. Exim AG.

C Anordnung vorsorglicher Massnahmen (ZPO 282 Ziff. 2)

Das Befehlsverfahren bezweckt gemäss Art. 282 Ziff. 2 ZPO auch die Anordnung vorsorglicher Massnahmen vor Anhängigmachung eines Rechtsstreites. Vorsorgliche Massnahmen während der Rechtshängigkeit eines Prozesses werden nach Art. 97 Abs. 1 Ziff. 5 ZPO durch richterliche Weisungen erlassen. Die ausführliche Behandlung der vorsorglichen Massnahmen erfolgt im Zusammenhang mit den richterlichen Weisungen⁵⁰.

D Besitzerschutz⁵¹ (ZPO 282 Ziff. 3 und 4)

1. Der Besitzerschutz im allgemeinen

Das Zivilgesetzbuch regelt in den Artikeln 926–929 den Schutz des Besitzes. Der Besitz als tatsächliches Verhältnis erfährt einen weitreichenden rechtlichen Schutz gegen jede verbotene Eigenmacht, indem das Zivilgesetzbuch dem Besitzer sowohl ausserprozessuale⁵² als auch prozessuale Mittel für den Schutz seines Besitzes zur Verfügung stellt. Die prozessualen Mittel bestehen in den in den Artikeln 927–929 ZGB geregelten Besitzeschutzklagen, welche in die Klage aus Besitzesentziehung und die Klage aus Besitzesstörung getrennt werden. Mit der ersteren wird die Rückgabe der Sache angestrebt, mit der letzteren die Beseitigung der Störung oder Unterlassung fernerer Störung⁵³.

Die Besitzeschutzklagen haben grundsätzlich nur den Besitz zum Gegenstand. Ob ein Recht zur Beeinträchtigung des Besitzes besteht, bleibt im Besitzeschutzverfahren belanglos⁵⁴. Der Streit um den Besitz ist daher genau vom Rechtsstreit zu trennen. Allerdings sieht das ZGB in Art. 927 Abs. 2 für die Besitzesentziehungsklage eine Ausnahme vor. Die Einrede aus dem besseren Recht darf der Beklagte vorbringen, sofern er sie sofort beweisen kann.

⁵⁰ Hinten § 40.

⁵¹ Dazu ausführlich A. Homberger, Zürcher Kommentar, Band IV, 3. Abt.: Besitz und Grundbuch, Art. 919–977 ZGB, 2. Aufl. Zürich 1938; Emil W. Stark, Berner Kommentar, Band IV, 3. Abt.: Besitz und Grundbuch, 1. Teilband, 2. Lieferung: Der Besitz, Art. 919–941 ZGB, Bern 1966; Peter Tuor/Bernhard Schnyder, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 9. Aufl., Zürich 1975; Franz Weber, Die Besitzeschutzklagen, insbesondere ihre Abgrenzung von den petitorischen Klagen, Diss. Freiburg 1975.

⁵² Vgl. ZGB 926.

⁵³ Beide Klagen gehen zudem auf Schadenersatz (ZGB 927 Abs. 3 bzw. 928 Abs. 2); dafür ist aber im Befehlsverfahren kein Raum, vgl. hinten III B dieses Paragraphen.

⁵⁴ Stark a.a.O. N. 92 f. zu Vorbemerkungen Besitzerschutz, Art. 926–929 ZGB, Tuor/Schnyder a.a.O. 481.

Die Besitzesschutzklagen stehen dem unmittelbaren und mittelbaren Besitzer zu⁵⁵. Geschützt ist sowohl der Sachbesitz wie auch der Rechtsbesitz⁵⁶. In zeitlicher Hinsicht ist der Besitzesschutz durch Art. 929 ZGB beschränkt. Der Besitzer muss sich sofort der Beeinträchtigung seines Besitzes widersetzen und innerhalb eines Jahres nach der Besitzesverletzung die Klage erheben. Es handelt sich dabei um eine Verwirkungsfrist⁵⁷.

In welchem Verfahren die Besitzesschutzklagen geltend zu machen sind, bestimmt das kantonale Prozessrecht⁵⁸. Der Glarner Gesetzgeber hat diese Klagen nach dem Vorbild der Zürcher Zivilprozessordnung ins Befehlsverfahren gewiesen. Dieses Verfahren ist dafür besonders geeignet, da es raschen Rechtsschutz bezweckt.

Der Befehlsentscheid über eine Besitzesschutzklage stellt keine vorsorgliche Massnahme dar, sondern einen Entscheid über den bundesrechtlichen Besitzanspruch⁵⁹. Die Richtigkeit dieser Annahme für das Glarner Befehlsverfahren ergibt sich aus der Formulierung und Stellung der Ziffern 3 und 4 von Art. 282 ZPO. Der Wortlaut dieser beiden Ziffern ist eindeutig auf den bundesrechtlichen Besitzesschutz zugeschnitten. Auch erwähnt er nie die Möglichkeit nur einer vorsorglichen Massnahme. Die eigenständige Regelung des Besitzesschutzes neben den vorsorglichen Massnahmen spricht ebenfalls für einen Entscheid über den bundesrechtlichen Anspruch. Dem Gesagten entspricht auch die Praxis⁶⁰, welche in Amtsbefehlen betreffend Besitzesschutzklagen nie Klagefristen oder Sicherheitsleistungen – beides typische Korrelate zu vorsorglichen Massnahmen – anordnet.

2. Die Klage aus Besitzesstörung im besonderen (ZPO 282 Ziff. 3)

Art. 282 Ziff. 3 ZPO bezweckt "die Erhaltung oder Wiederherstellung des tatsächlichen Zustandes, wie er vor der Selbsthilfe oder anderen eigenmächtigen Eingriffen und Störungen war." Es handelt sich hier um die Klage aus Besitzesstörung nach Art. 928 ZGB⁶¹.

55 Homberger a.a.O. N. 17 zu Art. 926 ZGB, Stark a.a.O. N. 48 f. zu Vorbemerkungen Besitzesschutz, Art. 926–929 ZGB, Weber a.a.O. 69 f.

56 Stark a.a.O. N. 72 zu Vorbemerkungen Besitzesschutz, Art. 926–929 ZGB, Weber a.a.O. 26, 36.

57 Homberger a.a.O. N. 2 zu Art. 929 ZGB, Stark a.a.O. N. 10 zu Art. 929 ZGB.

58 BGE 94 II 351 Erw. 2, 83 II 143 Erw. 2.

59 Guldener 386 Anm. 24, Sieben 42 f., Voyame 168 sowie ausführlich zur ganzen Problematik Rehli 56 f.

60 Vgl. PV 12.11.1971, 26.3.1971, 20.12.1966, 1./8.7.1966.

61 E.W. Baur 82, Sträuli/Hauser N. 6 zu a§ 292 ZPO.

Im Gegensatz zur Klage aus Besitzesentziehung ist der Besitz nicht vollständig entzogen, sondern lediglich beeinträchtigt. Zudem ist die Klage aus Besitzesstörung rein possessorischer Natur, d.h. eine Einrede aus besserem Recht ist nicht möglich⁶².

Als Störung des Besitzes wird "jede übermässige Beeinträchtigung der tatsächlichen Herrschaft über die Sache in irgendeiner ihrer Äusserungen" angesehen, soweit damit nicht der Verlust des Besitzes verbunden ist⁶³. Die Störung muss nach Art. 928 Abs. 1 ZGB auf verbotener Eigenmacht beruhen, welche gegeben ist, sobald keine ausdrückliche oder stillschweigende Einwilligung des Besitzers vorliegt und auch die Rechtsordnung die Störung ohne den Willen des Besitzers nicht erlaubt⁶⁴. Diese verbotene Eigenmacht hat Art. 282 Ziff. 3 ZPO im Auge, wenn er von "Selbsthilfe oder anderen eigenmächtigen Eingriffen und Störungen" spricht. Gleichzeitig macht die Wendung "oder anderen eigenmächtigen" auch klar, dass der Gesetzgeber mit Selbsthilfe nur die unerlaubte Selbsthilfe gemeint haben kann.

Die Klage auf Besitzesstörung geht nach Art. 928 Abs. 2 ZGB auf die Beseitigung der Störung oder Unterlassung fernerer Störung. Dem entspricht der Wortlaut von Art. 282 Ziff. 3 ZPO, welcher mit "Erhaltung des tatsächlichen Zustandes" die Unterlassung fernerer Störung, mit "Wiederherstellung des tatsächlichen Zustandes" die Beseitigung der Störung meint. Eine einmalige Störung reicht für die Besitzesstörungsklage nur aus, wenn Wiederholungen zu befürchten sind⁶⁵. Immissionen nach Art. 684 ZGB stellen ebenfalls Besitzesstörungen dar und berechtigen zur Besitzesschutzklage⁶⁶. Aktivlegitimiert ist jeder Besitzer, passivlegitimiert der Störer⁶⁷. Im Prozess hat der klagende Besitzer seinen Besitz sowie die gegenwärtige oder bevorstehende Störung darzutun⁶⁸.

3. Die Klage aus Besitzesentziehung im besonderen (ZPO 282 Ziff. 4)

Art. 282 Ziff. 4 ZPO bezweckt "die Wiedererlangung eines verlorenen Besitzes, sofern das Gesuch innert Jahresfrist seit dem Entzug des Besitzes anhängig gemacht wird." Diese Formulierung entspricht der Besitzesentziehungsklage⁶⁹. Im Gegensatz zur Besitzesstörungsklage hat hier der Berechtigte seinen Besitz vollständig verloren. Der Verlust des Besitzes muss nach Art. 927 Abs. 1 ZGB wiederum auf verbotener Eigenmacht beruhen.

62 Stark a.a.O. N. 2 zu Art. 928 ZGB, Tuor/Schnyder a.a.O. 481.

63 Stark a.a.O. N. 19 zu Art. 928 ZGB.

64 Stark a.a.O. N. 15–47 zu Vorbemerkungen Besitzesschutz Art. 926–929 ZGB, Tuor/Schnyder a.a.O. 480.

65 Homberger a.a.O. N. 21 zu Art. 928 ZGB, Stark a.a.O. N. 25 zu Art. 928 ZGB.

66 BGE 85 II 279; Homberger a.a.O. N. 10 zu Art. 928 ZGB.

67 Homberger a.a.O. N. 3 ff. zu Art. 928 ZGB, Stark a.a.O. N. 7 ff. zu Art. 928 ZGB.

68 Stark a.a.O. N. 52 zu Art. 928 ZGB.

69 E.W. Baur 87, Sträuli/Hauser N. 6 zu a§ 292 ZPO.

Dieser durch verbotene Eigenmacht geschaffene Zustand kann der Berechtigte mit der Klage aus Besitzesentziehung korrigieren. Die Klage bezweckt nach Art. 927 Abs. 3 ZGB die Wiedereinräumung des Besitzes bzw. die Rückgabe der Sache. Nicht als Besitzesentziehung wird die Rückgabeverweigerung einer Sache angesehen⁷⁰. Demzufolge steht in diesen Fällen nicht die Besitzesentziehungsklage offen, jedoch u.U. das Verfahren zur schnellen Handhabung klaren Rechts.

Zur Klage legitimiert ist derjenige, dem der Besitz entzogen worden ist, passiv-legitimiert in erster Linie der mit verbotener Eigenmacht Vorgegangene⁷¹.

Gegenstand des Beweises bildet der durch verbotene Eigenmacht entzogene Besitz. Allerdings hat bei der Klage aus Besitzesentziehung der Beklagte gemäss Art. 927 Abs. 2 ZGB ausnahmsweise die Einrede aus dem besseren Recht zur Verfügung, sofern ihm ein sofortiger Nachweis seines Rechtes gelingt, aufgrund dessen er die Sache dem Kläger wieder abverlangen könnte. Hier ist der Besitzesstreit mit dem Rechtsstreit vermischt. Erforderlich ist aber ein sofortiger Nachweis des besseren Rechtes durch sofortige Vorlage der Beweismittel⁷².

Die Besitzesentziehungsklage ist nach Art. 282 Ziff. 4 ZPO innert eines Jahres seit dem Entzug des Besitzes einzureichen. Dieser Frist kommt keine selbständige Bedeutung zu, da bereits Art. 929 ZGB die Einjahresfrist vorschreibt.

4. Bemerkungen zur Praxis

In der Praxis spielen die Ziffern 3 und 4 von Art. 282 ZPO eine untergeordnete Rolle, da es häufig vorkommt, dass Begehren, die inhaltlich Besitzeschutzklagen darstellen, im Verfahren zur schnellen Handhabung klaren Rechts entschieden werden⁷³. De lege ferenda ist zu überlegen, ob nicht wie in der neuen Zürcher Zivilprozessordnung die Besitzeschutzklagen ins Verfahren zur schnellen Handhabung klaren Rechts gewiesen werden sollten⁷⁴.

70 Stark a.a.O. N. 16 zu Art. 927 ZGB.

71 Stark a.a.O. N. 2 ff. zu Art. 927 ZGB.

72 Stark a.a.O. N. 19 ff. zu Art. 927 ZGB, Tuor/Schnyder a.a.O. 481.

73 Vgl. PV 30.3.1973, 19.1.1968, 3.6.1966, 15.11.1955.

74 Vgl. Sträuli/Messmer N. 14 zu § 222 ZPO.

E Vorlegung von beweglichen Sachen (ZPO 282 Ziff. 5)

1. Allgemeines

Ein letzter Zweck des Befehlsverfahrens besteht gemäss Art. 282 Ziff. 5 ZPO in der Vorlegung von beweglichen Sachen. Es handelt sich hier um Begehren zur Durchsetzung privatrechtlicher Editionsansprüche, die in erster Linie der Information des Geschaltellers dienen und nicht in Zusammenhang mit einem gegenwärtigen oder zukünftigen Prozess stehen müssen⁷⁵. Der Anspruch auf Vorlegung von beweglichen Sachen ist privatrechtlicher Natur und bedarf daher einer privatrechtlichen Grundlage⁷⁶. Diese kann sich entweder aus dem Gesetz⁷⁷ ergeben oder auf vertraglicher Abmachung beruhen.

2. Abgrenzung von der prozessualen Editionsspflicht⁷⁸

Die privatrechtliche Vorlegungspflicht ist strikte von der prozessrechtlichen Editionsspflicht zu unterscheiden. Die erstere besteht unabhängig von einem Prozess aufgrund des Privatrechtes, dient Informationszwecken und ist durch eine selbständige Klage geltend zu machen. Die prozessuale Vorlegungspflicht entsteht erst durch einen bestimmten Prozess, trifft auch am Rechtsstreit unbeteiligte Dritte und erfolgt zu Beweis Zwecken. Sie geht in ihrem Umfange wesentlich weiter als die privatrechtliche Vorlegungspflicht, da sie im Glarner Zivilprozess wie die Zeugnispflicht als allgemeine öffentlichrechtliche Pflicht ausgestaltet ist⁷⁹. Sie hat jedoch nur Urkunden zum Gegenstand, während die privatrechtliche Editionsspflicht auch andere Sachen umfassen kann⁸⁰. Mit Ausnahme von Art. 963 OR ist die prozessuale Editionsspflicht Sache des kantonalen Rechtes, während die ausserprozessuale Vorlegungspflicht durch den Bundesgesetzgeber geregelt wird.

75 BGE 82 II 563 Erw. 4; E.W. Baur 113, Sieben 24, Sträuli/Messmer N. 15 zu § 222 ZPO.

76 BGE 82 II 563 Erw. 4; Guldener, Bundesprivatrecht 62 f., Sträuli/Messmer N. 15 zu § 222 ZPO.

77 Z.B. OR 322a Abs. 2, 322c Abs. 2, 400, 418k Abs. 2, 541, 600 Abs. 3, 697, 819, 857.

78 Für die nachfolgenden Ausführungen vgl. BGE 82 II 563 Erw. 4, ZR 75 Nr. 77; Guldener, Bundesprivatrecht 61–63, Keller 7 f., Walder 337.

79 Hinten § 39 I.

80 BGE 82 II 562; Sträuli/Messmer N. 15 zu § 222 ZPO.

III Ausschluss des Befehlsverfahrens

A Verschiedene Ausschlussgründe

Das Befehlsverfahren kann aus verschiedenen Gründen nicht in Frage kommen. Ausdrücklich erwähnt das Gesetz nur einen Ausschlussgrund. Nach Art. 292 ZPO darf der Richter Amtsbefehle, welche gegen bestehende Gesetze, rechtskräftige verwaltungsrechtliche Verfügungen oder richterliche Urteile sowie gegen rechtsbegründende Eintragungen in öffentlichen Registern verstossen, nicht erteilen⁸¹. Darüberhinaus steht den Parteien das Befehlsverfahren nur zu Gebote, sofern der Rechtsweg gegeben ist⁸². Ferner ist die Zulässigkeit eines Amtsbefehles immer zu verneinen, wenn der richterliche Befehl nicht vollstreckt werden oder keine Wirkungen entfalten kann⁸³. Für die Vollstreckbarkeit eines Amtsbefehles genügt es aber bereits, wenn dem Adressaten eine Polizeibusse auferlegt werden kann, selbst wenn sich der herauszugebende Gegenstand in einem andern Kanton befindet⁸⁴ und in dessen Vollstreckungshoheit fällt. Die in Art. 284 ZPO erwähnten Verfügungsarten schliessen sodann Feststellungs- und Gestaltungsclagen aus. Ungeeignet ist das Befehlsverfahren auch für Vaterschaftsklagen, für Klagen auf Ehescheidung, Entmündigung oder Entzug der elterlichen Gewalt⁸⁵. Schliesslich kann das Befehlsverfahren nur als Ersatz für das ordentliche Verfahren in Frage kommen, nicht aber für ein anderes summarisches Verfahren⁸⁶. So muss beispielsweise die Ausweisung von Mietern und Pächtern im Verfahren nach EG OR – einem andern Summarium – erfolgen⁸⁷.

B Klagen auf Geldzahlung im speziellen

Da das Verfahren zur schnellen Handhabung klaren Rechts ein Erkenntnisverfahren darstellt und mit den Besitzesschutzklagen auch Schadenersatz angestrebt werden kann, stellt sich die Frage, ob im Befehlsverfahren für Klagen auf Geldzahlung Raum bleibt. Die Glarner Praxis⁸⁸ verneint seit jeher die Frage, ohne allerdings Gründe dafür anzugeben. Guldener⁸⁹ begründet den Ausschluss von Ansprüchen auf

81 Dazu PV 15.10.1976, 8.9.1976, 2.5.1975.

82 PV 12.10./30.11.1966; Gschwend 28 f., Heggli 47, Reinert 68 f.

83 Vgl. PV 15.10.1976, 8.9.1976, 19./26.5.1967; E.W. Baur 58 f., Reinert 69.

84 PV 4./6.10.1967; ebenso die Zürcher Praxis ZR 64 Nr. 6, Sträuli/Messmer N. 8 zu § 222 ZPO.

85 Guldener 481.

86 Lutz N. 2 zu Art. 389 Ziff. 1 ZPO.

87 OGE 4.3.1943.

88 PV 7.3.1975, 26.11.1965, 9.3.1956.

89 Guldener 480 f.

Geld damit, dass Amtsbefehle auf Geldzahlung infolge der fehlenden materiellen Rechtskraft für das ordentliche Verfahren keinen definitiven Rechtsöffnungstitel bilden. Dies ist aber nicht der entscheidende Grund, zumindest nicht für das Glarner Befehlsverfahren. Da nach Art. 284 ZPO, welcher den Inhalt der Amtsbefehle abschliessend aufzählt, eine Verfügung im Befehlsverfahren einen richterlichen Befehl – also eine typische Vollstreckungsmassnahme – enthält, fallen Amtsbefehle auf Zahlung einer Geldsumme ausser Betracht, denn das Bundesrecht ordnet im SchKG die Zwangsvollstreckung von Ansprüchen auf Geldzahlung oder auf Sicherheitsleistung durch Geldhinterlage abschliessend⁹⁰. Selbst wenn man den Amtsbefehlen umfassende materielle Rechtskraft zubilligt, bleibt daher für die Durchsetzung von Geldforderungen im Befehlsverfahren kein Raum. Ein Amtsbefehl auf Geldzahlung wäre nach dem Gesagten bundesrechtswidrig.

C Bedeutung von Schiedsabreden

Nach der Zürcher⁹¹ und St. Galler⁹² Praxis schliesst eine Schiedsabrede auch die Durchsetzung des Anspruches im Verfahren zur schnellen Handhabung klaren Rechts aus, selbst wenn das schiedsgerichtliche Verfahren kein solch schnelles Prozedere vorsieht. Begründet wird dies damit, eine Schiedsabrede umfasse jedes staatliche Erkenntnisverfahren. Einen anderen Standpunkt vertritt die Glarner Praxis⁹³, nach der sich eine Schiedsabrede nicht auf das Befehlsverfahren bezieht, da gemäss Art. 362 ZPO ein Schiedsspruch wie ein Urteil eines ordentlichen Gerichtes zu vollziehen sei und daher bei widerspenstigen Prozessgegnern sowieso der Befehlsrichter für den Vollzug des Schiedsspruches angerufen werden müsse. Zudem sei, wie im vorliegenden Fall bei Einberufung einer Generalversammlung, für die Wahrung der Rechte der Aktionäre ein rasches Verfahren vonnöten, wozu aber ein Schiedsgerichtsverfahren zu umständlich sei.

90 BGE 79 II 288 f.; Brandenburg 85 f., Gschwend 59, Heggli 46, Meier 65.

91 ZR 54 Nr. 90; Sträuli/Messmer N. 6 zu § 222 ZPO.

92 SJZ 65 (1969), 12 Nr. 4.

93 PV 17.11.1972/5.1.1973.

§ 35 *Verfahren vor dem Amtsbefehlsrichter*

I Zuständigkeit

A Zivilgerichtspräsident

Gemäss Art. 283 ZPO ist der Zivilgerichtspräsident als Einzelrichter im Befehlsverfahren zuständig. Seine Zuständigkeit richtet sich nach den allgemeinen Bestimmungen. Als ordentlicher Gerichtsstand gilt auch im Befehlsverfahren der Wohnsitz des Beklagten. Vorbehaltlose Einlassung ist vor dem Befehlsrichter ebenfalls möglich¹. In Frage kommt auch der Gerichtsstand der gelegenen Sache².

B Gemeindepräsident

Eine eigenartige Regelung ist in Art. 287 ZPO enthalten³. Sofern Gefahr im Verzuge liegt, ist der jeweils zuständige Gemeindepräsident befugt, ohne Anhören der Gegenpartei für die Dauer von drei Tagen eine vorläufige Verfügung zu erlassen. In der Praxis kommt dieser Vorschrift keine Bedeutung zu, da bei drohender Gefahr auch der Zivilgerichtspräsident gestützt auf Art. 286 Abs. 3 ZPO ohne Einvernahme des Beklagten sofort eine Verfügung treffen kann. Zudem liegt es bei der richterlichen Verfügung am Beklagten, weitere Schritte zu unternehmen⁴.

Die vorläufige Verfügung des Gemeindepräsidenten stellt dem Wesen nach eine vorsorgliche Massnahme dar, die nach Art. 287 ZPO drei Tage in Kraft bleibt. Innerhalb dieser Frist muss der Gesuchsteller an den Zivilgerichtspräsidenten gelangen, ansonsten die vorläufige Verfügung dahinfällt.

II Gesuch

Nach Art. 285 ZPO ist das Gesuch an keine bestimmte Form gebunden. Immerhin soll es in der Regel schriftlich gestellt werden. Bei mündlichen Begehren müssen der Gesuchsteller oder sein Vertreter persönlich beim Zivilgerichtspräsidenten oder auf der Gerichtskanzlei erscheinen⁵. Aus dem Wortlaut von Art. 285 ZPO und aus dem

1 OGE 18.6.1973.

2 ZPO 7 Abs. 1 Ziff. 13. Für die Bedeutung, die dem Gerichtsstand der gelegenen Sache zukommen kann, vgl. PV 4./6.10.1967.

3 St. Gallen ZPO 393 kennt eine ähnliche Vorschrift.

4 ZPO 286 Abs. 3 1. Satz.

5 Becker 88 lehnt telephonisch aufgegebene Gesuche ab.

Zweck des Befehlsverfahrens folgt auch, dass das Gesuch direkt beim Zivilgerichtspräsidenten eingereicht werden muss. Eine Vermittlung geht dem Befehlsverfahren nicht voraus.

Das Gesuch hat gemäss Art. 285 ZPO eine genaue Bezeichnung des Begehrens, des geltend gemachten Rechts und der Art der versuchten oder drohenden Verletzung zu enthalten, unter Angabe der Beweismittel⁶. Aus dem Begehren muss der genaue Inhalt und der Adressat des verlangten Amtsbefehles hervorgehen. Es ist aber zulässig, dass anlässlich der Verhandlung eine inhaltlich andere Verfügung verlangt wird als im Gesuch⁷. Begehren, die ein gebietendes Rechtbot fordern, was aber nach Art. 293 Abs. 1 ZPO nicht möglich ist, behandelt die Praxis als entsprechendes Amtsbefehlsgesuch⁸. Denkbar sind auch Eventualbegehren, mit denen der Gesuchsteller eine vorsorgliche Massnahme verlangt für den Fall, dass das Hauptbegehren wegen Illiquidität nicht geschützt werden sollte⁹.

III Verfahren

A Grundsätzliches

Nach Eingang eines Amtsbefehlsgesuches prüft der Richter vorerst dessen Begründetheit. Erweist es sich ohne weiteres als unbegründet, so wird es ohne Anhörung der Gegenpartei abgewiesen¹⁰. Erscheint die verlangte Verfügung als zulässig, so hängt der weitere Verlauf des Befehlsverfahrens wesentlich vom Ermessen des Richters ab. Grundsätzlich lässt sich der Gang des Verfahrens in zwei Varianten unterteilen¹¹. Bei der ersten erlässt der Zivilgerichtspräsident den Amtsbefehl ohne Anhörung der Gegenpartei. Diese erhält aber die Möglichkeit, nachträglich eine Parteiverhandlung zu verlangen. Bei der zweiten Variante ergeht der Amtsbefehl erst, nachdem beide Parteien an einer Verhandlung zu Wort gekommen sind. Welchen Weg der Richter einschlagen will, ist seinem Ermessen anheimgestellt, es sei denn, es liege Gefahr im Verzuge oder der Gesuchsteller verlange ausdrücklich eine Parteiverhandlung¹². Insbesondere bildet die drohende Gefahr nicht das einzige Kriterium für die Zulässigkeit eines Amtsbefehles auf einseitiges Vorbringen, da dieser nach Art. 286 Abs. 3 ZPO auch ohne Vorliegen einer Gefahrensituation

6 ZPO 285 fordert lediglich die Angabe der Beweismittel. Gleichzeitige Beibringung der Beweise empfiehlt sich jedoch, damit der Richter im Falle einer superprovisorischen Verfügung sofort tätig werden kann.

7 Vgl. PV 31.5.1968 (zuerst Sicherstellung verlangt, an der Verhandlung Befehl auf Herausgabe der Sache).

8 PV 13.9.1968.

9 Gschwend 98.

10 ZPO 286 Abs. 1.

11 Vgl. ZPO 286.

12 ZPO 291 Abs. 2.

möglich ist. Die Praxis sieht vor allem bei klarer Rechtslage von einer Parteiverhandlung ab¹³. Der Anspruch der Gegenpartei auf rechtliches Gehör steht einem solchen Vorgehen nicht im Wege, weil die Möglichkeit einer kontradiktorischen Verhandlung gewahrt bleibt und die Verfügung – drohende Gefahr vorbehalten – erst nach unbenütztem Ablauf der Einsprachefrist vollstreckt werden darf. Die Verfügung auf einseitiges Vorbringen kann wesentlich zur Einfachheit und Schnelligkeit des Befehlsverfahrens beitragen. Insbesondere kann dadurch die langatmige Ediktalladung umgangen werden¹⁴. Allerdings besteht bei der Verfügung ohne vorherige Anhörung des Widersachers die grosse Gefahr, dass gerade die angestrebte Raschheit des Verfahrens nicht erreicht wird, falls die Gegenpartei Einsprache erhebt und auf einer kontradiktorischen Verhandlung beharrt. Es empfiehlt sich daher in Fällen, in denen eine Einsprache der Gegenpartei wahrscheinlich ist, auf die vorherige Anhörung nicht zu verzichten.

Die heutige Regelung stellt die gesetzliche Verankerung der früheren Praxis dar, die auch ohne Vorliegen drohender Gefahr Verfügungen auf einseitiges Vorbringen zugelassen hatte¹⁵. Die drohende Gefahr spielt heute nur noch dann eine Rolle, wenn der Amtsbefehl sogleich vollstreckt werden soll¹⁶.

B Verfügung auf einseitiges Vorbringen

Amtsbefehle auf einseitiges Vorbringen lassen sich in provisorische und superprovisorische¹⁷ Verfügungen einteilen. Der Unterschied zwischen diesen beiden Arten besteht darin, dass die superprovisorische Verfügung im Gegensatz zur provisorischen drohende Gefahr voraussetzt und deswegen sofort vollstreckt werden kann¹⁸. Dagegen entfaltet die provisorische Verfügung ihre Wirkungen erst, wenn die Parteiverhandlung stattgefunden oder der Gesuchsgegner von einer Einsprache abgesehen hat¹⁹.

Verzichtet der Befehlsrichter auf die vorherige Anhörung des Betroffenen, so heisst das nicht, das Begehren werde ohne materielle Prüfung gutgeheissen, da es sich beim Befehlsverfahren im Gegensatz zum Rechtbot um ein richterliches Erkenntnisverfahren handelt²⁰. Die auf einseitiges Vorbringen getroffene Verfügung wird der Gegenpartei zugestellt, nötigenfalls durch Publikation im Amtsblatt²¹.

13 Vgl. etwa PV 16.12.1976, 13.9.1976.

14 PV 17.10.1966.

15 Becker 89. Die gleiche Entwicklung hat auch im Zürcher Zivilprozess stattgefunden, vgl. Sträuli/Messmer N. 1 f. zu § 224 ZPO.

16 ZPO 286 Abs. 3 letzter Satz.

17 Mehr über die superprovisorische Verfügung hinten § 41 III.

18 ZPO 286 Abs. 3 letzter Satz.

19 ZPO 286 Abs. 3 2. Satz.

20 Vorne § 33 IV.

21 PV 25.1.1974, 17.10.1966.

Gemäss Art. 286 Abs. 3 ZPO hat der Richter dem Betroffenen in der Verfügung eine kurze Frist einzuräumen, damit dieser schriftlich Einwendungen anbringen kann. An den Inhalt der Einwendungen dürfen angesichts des Anspruches auf rechtliches Gehör und der nachfolgenden Parteiverhandlung keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden. Eine schriftliche Einsprache ohne nähere Begründung muss genügen, da sie die Parteiverhandlung gerade nicht ersetzen will²². In der Praxis beträgt die Einsprachefrist in der Regel zwischen drei und zehn Tagen von der Zustellung oder Veröffentlichung der Verfügung im Amtsblatt an gerechnet²³. Bei unbenütztem Ablauf der Frist erwächst der Amtsbefehl in Rechtskraft²⁴; der Einsprache kommt somit aufschiebende Wirkung zu. Sofern die Gegenpartei von ihrem Einspracherecht Gebrauch macht, findet nach Art. 286 Abs. 3 ZPO eine Parteiverhandlung statt.

C Parteiverhandlung

Eine Parteiverhandlung wird anberaumt, wenn die Gegenpartei Einsprache erhebt oder der Richter von einer Verfügung auf einseitiges Vorbringen absieht. In beiden Fällen wickelt sie sich in gleicher Weise und vorwiegend nach den Vorschriften über das Verfahren vor dem Zivilgerichtspräsidenten ab²⁵. Einzelne Verfahrensregeln finden sich auch bei den Bestimmungen über das Befehlsverfahren²⁶. An der Parteiverhandlung stehen jeder Partei zwei Vorträge zu²⁷. Vorfragen können mit den Ausführungen zur Sache verbunden werden²⁸. Ein eigentliches Einlassungsverweigerungsrecht des Gesuchsgegners, welches zu einem abgesonderten Vorfrageverfahren führt, widerspricht der Natur des Befehlsverfahrens. Trotzdem kommt es in der Praxis vor, dass ein selbständiges Vorfrageverfahren stattfindet²⁹.

Das Säumnisverfahren ist anders geregelt als im ordentlichen Verfahren. Dem Zweck des Befehlsverfahrens entsprechend erfolgt nach Art. 286 Abs. 2 ZPO bereits mit der ersten Vorladung die Androhung der Säumnisfolgen. Diese bestehen darin, "dass bei unentschuldigtem Ausbleiben der Gegenpartei das Begehren ohne weiteres

22 Ebenso ZR 57 Nr. 71, 75.

23 Vgl. PV 8.7.1977, 6.5.1977, 16.12.1976, 25.1.1974.

24 ZPO 286 Abs. 3 2. Satz.

25 ZPO 291 Abs. 2. Zu diesem Absatz ist zweierlei zu bemerken. Einmal überrascht seine Stellung im Gesetz unter dem Marginal "Kosten". Besser wäre die Einordnung in ZPO 286 gewesen, wo das Verfahren geregelt ist. Sodann wird in diesem Absatz auf Artikel 261 "ff." verwiesen. Art. 263 regelt aber bereits nicht mehr das Verfahren vor dem Zivilgerichtspräsidenten.

26 ZPO 283, 285–287, 291.

27 Vgl. PV 24.9.1976, 20.8.1976.

28 ZPO 260 Abs. 6. Dazu vorne § 29 III A 3.

29 Vgl. etwa PV 17.11.1972/5.1.1973.

geschützt werden" kann³⁰. Danach steht es dem Richter frei, ob er das Begehren materiell näher prüfen will. Immerhin hat der Richter m.E. das Begehren zumindest dahin zu überprüfen, ob es nicht gemäss Art. 286 Abs. 1 ZPO ohne weiteres unbegründet und ob nicht nach Art. 292 ZPO ein Amtsbefehl überhaupt ausgeschlossen ist. In der Praxis verzichtet der Richter zu Recht auch nicht auf eine rechtliche Prüfung des vorgebrachten Sachverhaltes, vor allem im Verfahren zur schnellen Handhabung klaren Rechts³¹. Der ausgebliebenen Partei steht das Begehren um Aufhebung eines Versäumnisurteils nicht zu; dafür wird ihr nach der Praxis eine Einsprachefrist gemäss Art. 286 Abs. 3 ZPO angesetzt³². Damit erhält der Säumige nochmals die Möglichkeit, eine kontradiktorische Verhandlung zu verlangen.

Die Parteiverhandlung findet ihren Abschluss durch die einzelrichterliche Verfügung, welche sofort gefällt und den Parteien mundlich eröffnet werden soll³³. Diese Verfügung tritt an die Stelle der provisorischen oder superprovisorischen Verfügung. Die Verteilung der Kosten³⁴ richtet sich danach, ob eine Parteiverhandlung stattgefunden hat oder nicht. Sofern der Amtsbefehl ohne Anhören der Gegenpartei erlassen wird, hat der Gesuchsteller die Kosten zu tragen. Die Kosten einer kontradiktorischen Verhandlung sind in der Regel der unterliegenden Partei zu überbinden, sofern der Richter aus Gründen der Billigkeit nicht anders entscheidet. In jedem Fall aber werden die Kosten beim Gesuchsteller eingezogen.

IV Zum Beweisrecht im besonderen

Das Erfordernis der sofortigen Beweisführung ist eine wesentliche Eigenschaft des summarischen Verfahrens. Daraus wird aber oft fälschlicherweise der Schluss gezogen, gewisse Beweismittel seien im Summarium nicht zulässig³⁵ und anstelle des vollen Beweises habe blosser Glaubhaftmachung zu treten³⁶. Diese unzutreffenden Ansichten haben jedoch im Glarner Befehlsverfahren keinen Niederschlag gefunden.

30 ZPO 286 Abs. 2, Keine Versäumnisfolge sieht das Gesetz für den Fall vor, dass der Gesuchsteller ausbleibt. Analog ZPO 128 Abs. 1 Ziff. 1 ist Abweisung des Begehrens anzunehmen; vgl. auch OGE 22.9.1941.

31 Vgl. PV 25.4.1975, 2.3.1973. Sofern den Amtsbefehlen umfassende materielle Rechtskraft zukommt, hat der Richter m.E. immer eine rechtliche Prüfung des vorgebrachten Sachverhaltes vorzunehmen.

32 Vgl. PV 1.3.1974, 2.3.1973, 31.5.1968. Hingegen finden die im Gesetz beim Aufhebungsbegehren angeführten Entschuldigungsgründe (ZPO 131) auch für die Verschiebung einer Parteiverhandlung Anwendung, vgl. PV 2.3.1973.

33 ZPO 262.

34 Zur Kostenverteilung ZPO 291 Abs. 1 und 4, vgl. auch Becker 90.

35 So schliessen Graubünden ZPO 153 Ziff. 4 und Thurgau ZPO 194 den Zeugenbeweis im Summarium aus.

36 So z.B. Munz 70 ("Die Ursache dafür, dass nur Glaubhaftmachung gefordert wird, ist dem summarischen Verfahren sozusagen immanent.")

Als Beweismittel kommen im Befehlsverfahren die gleichen wie im ordentlichen Verfahren in Frage³⁷. Einzig Partei- und Zeugeneid sind nach Art. 261 Abs. 4 ZPO im Verfahren vor dem Zivilgerichtspräsidenten nicht zulässig. Da das Befehlsverfahren raschen Rechtsschutz bezweckt, kann im Einzelfall ein an und für sich zulässiges Beweismittel ausgeschlossen sein, weil es der schnellen Prozesserledigung zuwiderläuft³⁸. So ist im Verfahren zur schnellen Handhabung klaren Rechts ein langwieriges Beweisverfahren untersagt, da das Gesetz in Art. 282 Ziff. 1 ZPO sofort herstellbare tatsächliche Verhältnisse verlangt. Ein Ausschluss eines an und für sich vorgesehenen Beweismittels kommt aber nur in Betracht, wenn dem Gesuchsteller neben dem Befehlsverfahren auch noch das ordentliche Verfahren offensteht. Ist nur der Befehlsrichter sachlich zuständig, wie etwa bei der kantonalen Zwangsvollstreckung, so müssen beispielsweise auch zeitraubende Expertisen zulässig sein³⁹.

Was die Qualität des Beweises anbetrifft, ist auch im Befehlsverfahren voller Beweis erforderlich⁴⁰. Die Glarner Zivilprozessordnung enthält bei den Vorschriften über das Befehlsverfahren nichts Gegenteiliges, so dass in Anwendung von Art. 160 ZPO alle für den Entscheid des Rechtsstreites erheblichen und streitigen Tatsachen bewiesen werden müssen. Einzig für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen genügt nach einhelliger Auffassung auch ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung blosse Glaubhaftmachung⁴¹. Auch die Gegenpartei ist in der Regel für die von ihr vorgebrachten Tatsachen vollen Beweis schuldig. Aber namentlich im Verfahren zur schnellen Handhabung klaren Rechts⁴² und beim Erlass vorsorglicher Massnahmen braucht der Beklagte sein tatsächliches Vorbringen nicht voll zu beweisen.

Das Beweisverfahren erfährt im Verfahren vor dem Zivilgerichtspräsidenten gewisse Abweichungen; namentlich ist die sonst im Glarner Zivilprozess vorherrschende Verhandlungsmaxime stark abgeschwächt⁴³.

37 ZPO 291 Abs. 2 in Verb. mit ZPO 261. Insbesondere sind auch Augenschein (PV 13.1.1978, 9.7.1976) und Sachverständigenbeweis (PV 6./26.9.1974, 4./18.3.1966) zulässig.

38 Meier 50.

39 Vgl. PV 6./26.9.1974.

40 Vgl. OGE 27.9.1975 ("Bezüglich des Tatbestandes kann demnach der Amtsbefehl auch dann ergehen, wenn jener zwar streitig ist, aber ohne Umstände und eindeutig dem Richter nachgewiesen wird."). Vollen Beweis im Summarium verlangen z.B. Briegleb 218 ff., Kummer 262.

41 Hinten § 40 VI B.

42 Da bereits nicht sofort zu entkräftende Einreden und Einwendungen des Beklagten zu Illiquidität führen, vgl. vorne § 34 II A 3. b bei Anm. 16.

43 Dazu Näheres vorne § 3 II D 1. a bb.

V Inhalt der Amtsbefehle⁴⁴

Das Besondere am Inhalt der Amtsbefehle besteht darin, dass sich die richterliche Verfügung nicht im Entscheid über das Rechtsbegehren erschöpft, sondern zugleich einen Vollstreckungsbefehl enthält. Art. 284 ZPO zählt den Inhalt der Amtsbefehle abschliessend auf, weshalb für Feststellungs- und Gestaltungsklagen im Befehlsverfahren kein Raum bleibt. Amtsbefehle können in Geboten oder Verboten gegen bestimmte Personen und ihre Gewaltunterworfenen sowie in der Auflegung von Sicherstellung bestehen⁴⁵. Verbote gegen eine unbestimmte Anzahl von Adressaten sind mit einem Amtsbefehl nicht zulässig. Hiezu steht das allgemeine Rechtbot zur Verfügung⁴⁶. Ein Gebot verpflichtet den Adressaten zu einem Tun, ein Verbot zu einer Unterlassung. Neben einem Gebot oder Verbot sieht Art. 284 ZPO auch die "Auflegung von Sicherstellung" vor. Darunter ist die Anordnung einer Sicherheitsleistung zu verstehen, wie sie im Bereich der vorsorglichen Massnahmen vorkommt⁴⁷. Eine solche Sicherheitsleistung kommt nur bei Anwendung von Art. 282 Ziff. 2 ZPO (vorsorgliche Massnahmen) in Frage.

Gebote oder Verbote sind nach Art. 284 Ziff. 1 ZPO mit der Androhung zu verbinden, dass bei Missachtung des Amtsbefehles Bestrafung mit einer Polizeibusse von Fr. 20.— bis 500.— oder mit Haft gemäss Art. 292 StGB erfolge⁴⁸; überdies kann der Richter Vollstreckung durch die Polizei oder andere Rechtsnachteile androhen. Mit anderen "Rechtsnachteilen" sind die neben der polizeilichen Zwangsvollstreckung in Frage kommenden Vollstreckungsmittel⁴⁹ wie Ersatzvornahme, Abgabe einer Willenserklärung⁵⁰ etc. gemeint. Amtsbefehle können bei vorsorglichen Massnahmen zusätzlich mit einer Fristansetzung zur Anhangigmachung des Rechtsstreites verbunden werden⁵¹.

44 Zum formellen Inhalt der Amtsbefehle vgl. ZPO 290.

45 ZPO 284.

46 Vgl. dazu auch vorne § 33 IV.

47 Ebenso Gschwend 122. Näheres dazu hinten § 40 VI C. Sicherstellung des Frauengutes (ZGB 189, 205) sowie der Ansprüche des überlebenden Ehegatten und seiner Miterben (ZGB 463 f.) kommt im Befehlsverfahren nicht in Betracht, da dafür das Verfahren nach EG ZGB vorgesehen ist, vgl. EG ZGB 1 Ziff. 12, 13, 17 und 18. Sicherheitsleistung des Glaubigers beim Arrest (SchKG 273 Abs. 1) hat m.E. im Verfahren nach EG SchKG zu erfolgen (vgl. EG SchKG 16, 34 Abs. 1 sowie SchKG 38 Abs. 1); a.A. PV 25.4.1975.

48 Dazu auch Max Kummer, Die Vollstreckung des Unterlassungsurteils durch Strafwang, in Lebendiges Strafrecht: Festgabe für Hans Schultz, ZStR 94 (1978), 377 ff. Vgl. auch PV 1.3./16.4.1974. Der Hinweis auf Art. 292 StGB im Amtsbefehl genügt nicht, sondern der Adressat muss darin über die nach Art. 292 StGB in Frage kommenden Strafen belehrt werden, vgl. BGE 95 II 460, 86 IV 28.

49 Vgl. auch Brandenburg 98. Andere Rechtsnachteile als Vollstreckungsmassnahmen sind denkbar, wenn sich deren Zulässigkeit aus dem materiellen Recht ergibt, vgl. Sträuli/Messmer N. 2 zu § 223 ZPO.

50 Vgl. PV 17.4.1970, 28.11.1969, 18.3.1966.

51 ZPO 288. Näheres dazu hinten § 40 VI D.

VI Zur Frage der Rechtskraft von Amtsbefehlen

A Formelle Rechtskraft

Die Verfügungen des Befehlsrichters sind nach Art. 286 Abs. 3 ZPO der formellen Rechtskraft zugänglich. Dies trifft auch für vorsorgliche Massnahmen zu⁵². Da die Verfügungen im Befehlsverfahren der Appellation nicht unterliegen, erwachsen sie nach einer kontradiktorischen Verhandlung am Tage des Abspruchs⁵³, mangels einer solchen mit dem unbenütztem Ablauf der Einsprachefrist in Rechtskraft⁵⁴.

B Materielle Rechtskraft

Nach einhelliger Auffassung kommt den Entscheiden im summarischen Verfahren gegenüber einem späteren Summarium materielle Rechtskraft zu⁵⁵. Ob diese Wirkung auch gegenüber dem ordentlichen Verfahren besteht, ist fraglich. Neuere Gesetze⁵⁶ erklären Entscheide im summarischen Verfahren auch für den ordentlichen Richter für verbindlich, soweit das der Natur der Sache nach überhaupt möglich ist, ältere⁵⁷ hingegen schliessen diese Verbindlichkeit gerade aus. Die Glarner Zivilprozessordnung schweigt sich zu dieser Frage aus.

Zweck des Glarner Befehlsverfahrens ist es, der gesuchstellenden Partei schnell und billig zu einem Entscheid zu verhelfen. Dieser Zweck würde illusorisch, wenn die Verfügung des Befehlsrichters im ordentlichen Verfahren wieder in Frage gestellt werden könnte⁵⁸. Namentlich das Verfahren zur schnellen Handhabung klaren Rechts würde seine Berechtigung verlieren, da die Entscheide trotz liquiden Verhältnissen lediglich einstweiligen Charakter hätten und vom ordentlichen Richter wieder aufgehoben werden könnten. Das Glarner Befehlsverfahren bezweckt jedoch nach seiner Ausgestaltung eine endgültige Entscheidung des eingeklagten Begehrens. Zum einen stehen den Parteien sämtliche Beweismittel wie im ordentlichen Verfahren vor dem Zivilgerichtspräsidenten zur Verfügung, zum andern ist voller Beweis zu erbringen⁵⁹. Damit besteht auch im Befehlsverfahren Gewähr dafür, dass sich die Parteien auf alle notwendigen Beweise berufen können. Wenn es

52 Sie treten insofern in formelle Rechtskraft, als sie nicht mit der Appellation anfechtbar sind, vgl. Walder 281.

53 ZPO 256 Abs. 1; dazu auch vorne § 3 Anm. 153.

54 ZPO 286 Abs. 3.

55 E.W. Baur 47, Brandenburg 48, Gschwend 114, Heggli 35, Hüsey 91, Meier 51 f., Munz 76, Rehli 92, Reinert 55.

56 Schwyz ZPO 175, Zürich ZPO 212.

57 Z.B. Schaffhausen ZPO 302, Zug ZPO 57 Abs. 3. Bezüglich des Befehlsverfahrens Graubünden ZPO 173 Abs. 1, St. Gallen ZPO 396.

58 Ebenso Sträuli/Messmer N. 1 zu § 212 ZPO.

59 Vgl. vorne IV dieses Paragraphen.

nicht möglich ist, diese notwendigen Beweise innert nützlicher Frist zu erheben, so fehlt es an liquiden Verhältnissen, was bedeutet, dass im Befehlsverfahren kein Entscheid in der Sache selbst ergehen darf⁶⁰. Voller Beweis rechtfertigt sich sodann im Befehlsverfahren nur, wenn den Amtsbefehlen endgültiger Charakter zukommen soll. Im Glarner Befehlsverfahren besteht aufgrund dieser Ausgestaltung auch nicht die Gefahr, dass bei Befehlsverfügungen die Wahrscheinlichkeit ihrer Fehlerhaftigkeit grösser sein sollte als bei Entscheiden im ordentlichen Verfahren. Zudem steht den Parteien gegen Amtsbefehle das Rechtsmittel der Revision zu⁶¹.

Aus diesen Gründen ist die materielle Rechtskraftwirkung der Verfügungen des Befehlsrichters gegenüber dem ordentlichen Verfahren zu bejahen⁶². Dieser Lösung steht auch das Bundesrecht nicht im Wege. Den Kantonen ist es grundsätzlich anheimgestellt, wie sie ihr zivilprozessuales Verfahren ausgestalten und in welches Verfahren sie die Beurteilung von Zivilstreitigkeiten weisen wollen⁶³. Auch gibt es keinen allgemeinen Rechtsgrundsatz, der Entscheiden im Summarium die volle materielle Rechtskraft gegenüber dem ordentlichen Verfahren abspricht⁶⁴.

In umfassende materielle Rechtskraft erwachsen die Entscheide im Verfahren zur schnellen Handhabung klaren Rechts. Ausnahme bilden die Verfügungen, mit welchen auf ein Begehren wegen fehlender Liquidität nicht eingetreten wird⁶⁵. Prozessabstand und Vergleich besitzen ebenfalls volle materielle Rechtskraftwirkung. Dies gilt auch für Entscheide im Vollstreckungsverfahren⁶⁶. Besitzesschutzverfügungen entscheiden die Besitzesfrage endgültig und sind daher auch für den ordentlichen Richter verbindlich⁶⁷. Vorsorgliche Massnahmen sind der Natur der Sache nach nur einstweilig und daher der materiellen Rechtskraft nicht fähig⁶⁸. Entscheide über die Vorlegung von beweglichen Sachen werden ebenfalls voll materiell rechtskräftig.

60 Guldener 486.

61 Vgl. hinten § 36 I C.

62 In diesem Sinne auch ZR 73 Nr. 10; Guldener 486, Sieben 62 f.

63 BGE 94 II 108, 84 II 79 f.

64 BGE 84 II 79.

65 Vgl. vorne § 34 II A 3. bei Anm. 10.

66 Sträuli/Messmer N. 6 zu § 212 ZPO.

67 Vgl. vorne § 34 II D 1. bei Anm. 59. Der Entscheid im Besitzesstreit präjudiziert aber nicht die Entscheidung über den Rechtsstreit, Stark (zit. vorne § 34 Anm. 51) N. 93, 100 zu Vorbemerkungen Besitzesschutz, Art. 926–929 ZGB.

68 Guldener 483.

§ 36 *Anfechtung der Befehlsverfügungen*

I Kantonale Rechtsmittel

A Ausschluss der Appellation

Nach Art. 15 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO ist die Appellation gegen Entscheide und Verfügungen des Zivilgerichtspräsidenten nur in den vom Gesetz ausdrücklich vorgesehenen Fällen zulässig. Weder die Vorschriften über das Befehlsverfahren¹ noch die übrigen Artikel der ZPO enthalten irgendeinen Hinweis auf die Berufungsfähigkeit der Befehlsentscheide. Infolgedessen steht den Parteien im Befehlsverfahren das Rechtsmittel der Appellation nicht zur Verfügung. Dem entspricht auch die Praxis. Zum einen enthalten die Verfügungen des Befehlsrichters² immer die Bemerkung, ein ordentliches Rechtsmittel sei nicht gegeben, zum andern handelt es sich bei den obergerichtlichen Urteilen³, welche das Befehlsverfahren betreffen, immer um Nichtigkeitsbeschwerden.

B Nichtigkeitsbeschwerde

Grundsätzlich steht den Parteien die Nichtigkeitsbeschwerde³ an das Obergericht zu Gebote, da nach Art. 336 ZPO dieses Rechtsmittel gegen Urteile, Verfügungen und Beschlüsse jeder unteren Gerichtsinstanz ergriffen werden kann.

Die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde ist aber infolge ihrer subsidiären Natur nicht immer gegeben. Art. 337 ZPO lässt das Rechtsmittel der Kassation nur zu, wenn weder die Appellation noch der Weiterzug an das Bundesgericht möglich ist. Weil jedoch die Appellation nicht in Frage kommt, kann einzig ein bundesrechtlicher Rechtsbehelf der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde im Wege stehen. Im Einzelfall verhindert aber nur die Nichtigkeitsbeschwerde gemäss Art. 68 ff. OG die Zulässigkeit der Kassation⁴, da die Berufung an das Bundesgericht nicht möglich ist⁵ und sich staatsrechtliche Beschwerde und kantonale Nichtigkeitsbeschwerde im allgemeinen nicht ausschliessen⁶.

Die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde kommt auch solange nicht in Betracht, als der Gegenpartei das Einspracherecht gemäss Art. 286 Abs. 3 ZPO offensteht,

1 ZPO 290 schreibt beim formellen Inhalt der Verfügung keine Rechtsmittelbelehrung vor, was aber nach ZPO 248 Abs. 1 Ziff. 10 geschehen müsste, wenn die Appellation zulässig wäre. EG ZGB 6 Abs. 1 Ziff. 6 gilt nicht mehr, vgl. ZPO 367 Abs. 2.

2 Vgl. etwa PV 13.1.1978, 8.7.1977, 24.9.1976.

3 Z.B. OGE 5./19.4.1978, 27.9.1975, 28.8.1974, 18.6.1973.

4 Dazu Guldener, Nichtigkeitsbeschwerde 158 ff., Sträuli/Messmer N. 6 zu § 285 ZPO.

5 Hinten II A dieses Paragraphen.

6 Vgl. dazu Guldener, Nichtigkeitsbeschwerde 154, Sträuli/Messmer N. 19 ff. zu § 285 ZPO, Walder 428 Anm. 45.

weil es diesfalls an einem rechtskräftigen Entscheid mangelt. Schliesslich verunmöglicht auch der unbenutzte Ablauf der Einsprachefrist die Kassation, da sich der Verzicht auf Einwendungen auch auf die Kassation erstreckt⁷.

Sollte jedoch der Nichtigkeitskläger erst nach Ablauf der Frist für die Einreichung des betreffenden bundesrechtlichen Rechtsbehelfes Kenntnis von einem Nichtigkeitsgrund erhalten, so bleibt ihm nach Art. 337 ZPO das Rechtsmittel der Kassation gewahrt. Dies gilt auch dann, wenn die Gegenpartei erst nach Ablauf der Einsprachefrist einen Nichtigkeitsgrund entdeckt⁸.

C Revision

Grundsätzlich ist die Revision gegen Entscheide im Befehlsverfahren gegeben⁹. Auch nach dem Wortlaut der Art. 320 und 321 ZPO sind Verfügungen des Befehlsrichters der Revision zugänglich. Einzelne Kantone¹⁰ verneinen jedoch die Zulässigkeit der Revision, da infolge der fehlenden materiellen Rechtskraft der gleiche Zweck durch eine Klage im ordentlichen Verfahren erreicht werden kann. Ist die Überprüfung durch den ordentlichen Richter hingegen ausgeschlossen, so muss auch in diesen Kantonen die Revision zur Verfügung stehen¹¹.

II Weiterziehung an das Bundesgericht

A Ausschluss der Berufung

An und für sich kann die Berufung an das Bundesgericht gegen Verfügungen im Befehlsverfahren zulässig sein¹². Da aber im Glarner Zivilprozess die Appellation gegen Entscheide des Befehlsrichters nicht möglich ist und die Nichtigkeitsbeschwerde gemäss Art. 336 ff. ZPO zweifellos ein ausserordentliches Rechtsmittel¹³ darstellt, bilden bereits die Befehlsverfügungen des Zivilrichterspräsidenten

7 Sträuli/Messmer N. 2 und 26 zu § 285 ZPO.

8 Sträuli/Messmer N. 26 zu § 285 ZPO.

9 Becker 99, Meier 164, Munz 89, Reinert 114; einschränkend Gschwend 152; verneinend Heggli 91.

10 Graubünden ZPO 153 Ziff. 6, Zug ZPO 215.

11 Brandenburg 62.

12 Nach BGE 102 II 62 unterliegen obergerichtliche Entscheide betreffend Befehlsbegehren der Berufung ans Bundesgericht, "sofern das Begehren gutgeheissen und der Beklagte zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet worden ist, ohne dass dadurch zwangsläufig ein ordentliches Verfahren ausgelöst würde (wie dies bei den vorsorglichen Massnahmen der Fall ist)." Vgl. auch BGE 103 II 252, 100 II 287 Erw. 1, 94 II 353 Erw. 3, 85 II 278 ff. und 82 II 562 Erw. 3.

13 Vgl. die Nichtigkeitsgründe in ZPO 336.

Endentscheide im Sinne von Art. 48 Abs. 1 und 2 OG¹⁴. Die Berufung ans Bundesgericht gegen Endentscheide unterer Gerichte — eine solch untere Instanz ist der Zivilgerichtspräsident — ist aber nur dann zulässig, wenn diese entweder als letzte, aber nicht als einzige kantonale Instanz geurteilt haben, oder wenn sie als die vom Bundesrecht vorgesehene einzige kantonale Instanz¹⁵ entschieden haben¹⁶. Weil jedoch weder die eine noch die andere Voraussetzung auf die Verfügungen des Befehlsrichters zutrifft, steht die Berufung ans Bundesgericht nicht offen.

B Nichtigkeitsbeschwerde gemäss Art. 68 ff. OG

Gegen Entscheide letztinstanzlicher kantonaler Behörden ist unter gewissen Voraussetzungen die Nichtigkeitsbeschwerde ans Bundesgericht möglich. Da im Befehlsv erfahren die kantonale Appellation nicht gegeben ist, ist der Zivilgerichtspräsident in seiner Eigenschaft als Befehlsrichter die letztinstanzliche kantonale Behörde im Sinne von Art. 68 OG¹⁷. Im Gegensatz zur Berufung¹⁸ kann bei der Nichtigkeitsbeschwerde das untere kantonale Gericht als einzige kantonale Instanz geurteilt haben¹⁹.

Ob im übrigen die bundesrechtliche Nichtigkeitsbeschwerde zulässig ist, hängt vom Einzelfall ab. An dieser Stelle sei lediglich darauf hingewiesen, dass die Nichtigkeitsbeschwerde insbesondere bei den vorsorglichen Massnahmen in Frage kommt²⁰.

C Staatsrechtliche Beschwerde

Neben der Nichtigkeitsbeschwerde kommt als bundesrechtlicher Rechtsbehelf auch die staatsrechtliche Beschwerde in Betracht. Dabei ist aber zu beachten, dass die letztere gegenüber der ersteren subsidiärer Natur ist²¹ und abgesehen von einigen Ausnahmen²² die Erschöpfung des kantonalen Instanzenzuges, eingeschlossen die ausserordentlichen Rechtsmittel²³, voraussetzt.

14 BGE 96 II 269; Birchmeier 169, 254.

15 Vgl. in diesem Zusammenhang auch GO 20 Abs. 5.

16 OG 48 Abs. 2 lit. a und b; BGE 96 II 269, 96 I 632 Erw. 1a, 94 II 133 Erw. 1.

17 BGE 96 II 269 und dort zitierte Entscheide; Birchmeier 254.

18 Abgesehen vom Spezialfall in OG 48 Abs. 2 lit. b.

19 BGE 96 II 269.

20 BGE 104 II 56 Erw. 3, 103 II 3 Erw. 1.

21 OG 84 Abs. 2.

22 Vgl. OG 86 Abs. 2 und 3. Bedeutung für das Befehlsv erfahren hat insbesondere BV 61.

23 OG 86 Abs. 2; Birchmeier 347.

2. Kapitel

Richterliche Weisungen

§ 37 *Einleitung*

Das Institut der richterlichen Weisungen ist dem Glarner Zivilprozessrecht seit der ersten Zivilprozessordnung von 1837¹ eigen. Der heutige Art. 96 ZPO umschreibt diese Weisungen folgendermassen: "Will eine Partei den Gegner oder einen Dritten zu irgendeiner Handlung anhalten lassen oder eine einstweilige Verfügung verlangen, so hat sie beim Präsidenten des für die Hauptsache zuständigen Gerichtes unter Vorlage ihres Begehrens einen Vorstand zu verlangen." Diese weitgefasste Generalklausel wird durch Art. 97 ZPO näher präzisiert, wo die verschiedensten Dinge aufgezählt sind: Fristerstreckung, Urkundenedition, vorsorgliche Massnahmen, Beweissicherung, Verteilung der Parteirollen, vorübergehende Öffnung von Verboten und Rechtboten, um nur die wesentlichsten Anwendungsfälle zu nennen. Gemeinsam ist allen, dass sie sich als prozessleitende Verfügungen charakterisieren, als Verfügungen, die nicht den Prozess zum Abschluss bringen, sondern lediglich auf dessen Ende hinwirken.

Interessant ist die Entstehungsgeschichte der richterlichen Weisungen². Vor der ersten Kodifikation des Glarner Zivilprozesses im Jahre 1837 waren die Weisungen dem Rat, also einer Verwaltungsbehörde übertragen gewesen, so dass sich die Zivilrechtspflege im Prinzip vor zwei verschiedenen Gremien abwickelte. Einerseits fand der Prozess vor den Gerichten statt, andererseits musste für typische richterliche Angelegenheiten der Rat angerufen werden, was zur Folge hatte, dass auch das Verfahren vor dem Rat besonderer Verfahrensregeln bedurfte. Mit dem Aufkommen des Grundsatzes der Gewaltentrennung war eine Zweiteilung der Rechtspflege unhaltbar geworden. Der Gesetzgeber von 1837 übertrug deshalb die Weisungen den richterlichen Behörden mitsamt den Verfahrensregeln, welche das Prozedere vor Rat geordnet hatten. Daraus erklärt sich der Umstand, dass auch heute noch für jede einzelne richterliche Weisung eine Parteiverhandlung stattfindet. Fritzsche bezeichnet die richterlichen Weisungen als eine der schwächsten Stellen³ der ersten Zivilprozessordnung und bemängelt, das Verfahren bei richterlichen Weisungen führe "zu manchen Verzögerungen und nutzlosen Tagfahrten."⁴ Wie wenig der Gesetzgeber bei Revisionen jeweils vom bisherigen Zustand abweicht, verdeutlichen gerade die richterlichen Weisungen. Die im heutigen Art. 97 Abs. 1 ZPO in den Ziffern 1 bis 3 enthaltenen Anwendungsfälle sind mit Ausnahme der einstweiligen Öffnung von Verboten und Rechtboten praktisch wortwörtlich seit 1837 ins nachfolgende Gesetz aufgenommen worden⁵.

1 Geregelt in den §§ 104–123.

2 Die folgenden Ausführungen stützen sich auf Fritzsche, Zivilprozessordnung 179 f. ab.

3 Fritzsche, Zivilprozessordnung 185.

4 Fritzsche, Zivilprozessordnung 180.

5 Vgl. § 105 der ZPO von 1837.

§ 38 Die einzelnen Anwendungsfälle

I Anstände zwischen den Parteien

A Die einzelnen Anstände

1. Bezüglich Kläger- und Beklagtschaft

Ein erster Anwendungsbereich der richterlichen Weisungen betrifft Anstände zwischen den Parteien über die Frage, "wer Kläger oder Beklagter ist"¹ oder "wenn beide Teile Ansprecher sind, wer als Kläger aufzutreten hat."² Zwischen den Parteien herrscht Unklarheit darüber, welcher der beiden Kontrahenten die Rolle als Kläger bzw. Beklagter einzunehmen hat. Es geht um die Verteilung der Parteirollen. Keinesfalls kann es sich hier jedoch um die fehlende Sachlegitimation oder mangelhafte Parteibezeichnung handeln, da deren Geltendmachung mittels einer Uneinlässlichkeitseinrede erfolgt³.

Nähere Aufschlüsse über die Parteistellung geben einzelne Vorschriften. Nach Art. 30 ZPO tritt als Kläger auf, wer ein Recht beansprucht, das ihm bestritten wird, während der Bestreitende Beklagter ist. Können je nach Beschaffenheit des Streitfalles beide Kontrahenten als Ansprecher in Frage kommen, so gilt nach Art. 31 ZPO als Kläger, wer den andern zuerst vor Vermittlung geladen hat⁴. Nach Art. 301 ZPO nimmt der Appellant die Klägerrolle ein, sofern die Gegenpartei entweder bloss die Anschlussappellation erklärt oder überhaupt auf einen Weiterzug verzichtet hat; reichen beide Parteien die Appellation ein, so bleibt ihre Stellung im Berufungsverfahren die gleiche wie vor erster Instanz.

2. Bezüglich Dritter

Nach dem Gesetz kommen auch richterliche Weisungen in Betracht, wenn Meinungsverschiedenheiten bestehen über die Frage, "ob und inwiefern ein Dritter Red und Antwort zu geben oder mit einem bereits Belangten ins Recht einzutreten hat."⁵

Die Formulierung "ob und inwiefern ein Dritter Red und Antwort zu geben hat" kann nur die Zeugnispflicht von Drittpersonen im Auge haben. Nebeninter-

1 ZPO 97 Abs. 1 Ziff. 1 lit. a. Bei diesem Anwendungsfall ist der Prozess bereits im Gange.

2 ZPO 97 Abs. 1 Ziff. 1 lit. b. Hier handelt es sich um Anstände vor Einleitung des Prozesses.

3 Vgl. vorne § 28 III B 1. sowie OGE 14.2.1977.

4 Bei Prozessen ohne vorherige Vermittlung ist sinngemäss derjenige Kläger, welcher zuerst den Prozess beim Gericht eingeleitet hat.

5 ZPO 97 Abs. 1 Ziff. 1 lit. c.

vention⁶ und Streitverkündung schliesst das Wort "hat" aus, da der Prozesseintritt von Nebenparteien fakultativ ist. Doch trotz Einordnung bei den richterlichen Weisungen erfolgt der Entscheid über die Zeugnispflicht einer Person nicht durch den Gerichtspräsidenten im Verfahren betreffend richterlicher Weisungen. Vielmehr sind Einwendungen gegen Zeugen erst anlässlich der Hauptverhandlung im ersten oder zweiten Vortrag vorzubringen, worauf dann das Gesamtgericht über die Zulässigkeit des umstrittenen Zeugen entscheidet⁷. Auch kann es sich nicht um die Geltendmachung eines Zeugnisverweigerungsgrundes durch Dritte handeln, da diese keine richterlichen Weisungen verlangen können⁸. Die Frage, ob und inwiefern ein Dritter Red und Antwort zu geben hat, kann demnach gar nicht im Verfahren betreffend richterlicher Weisungen entschieden werden.

Der Grund für die missglückte gesetzliche Ausgestaltung liegt vermutlich im folgenden. Die heute noch im Gesetz enthaltene Formulierung war bereits in der ersten ZPO von 1837⁹ enthalten. Damals wickelte sich die Befragung der Zeugen jedoch ganz anders ab als heute, war sie doch Sache der Parteien. Dies führte jedoch zu Missständen, was aus dem Landsgemeindememorial von 1860¹⁰ klar hervorgeht: "Die Erfahrung hat gezeigt, dass die bisherige Verfahrensweise, wonach die Zeugen durch die Parteien selbst befragt wurden, vielfache Übelstände im Gefolge hat: oftmals werden die Fragen verfanglich gestellt oder die Gegenpartei erklärt sie wenigstens dafür und das Gericht muss nicht selten über jede einzelne Frage, nachdem die Advokaten sich über deren Zulässigkeit hin- und hergestritten, nach vielem unnützem Zeitverlust den Entscheid fällen." Die Befragung der Zeugen oblag denn fortan¹¹ auch dem Gericht, der Wortlaut des betreffenden Anwendungsfalles erfuhr aber keine Änderung. Damals, als die Parteien die Zeugen befragten, hatten entsprechende richterliche Weisungen ihre volle Berechtigung, kam es doch oft zu Anständen zwischen den Parteien, wie die oben zitierten Äusserungen des Gesetzgebers beweisen. Mit der Übertragung der Zeugeneinvernahme auf das Gericht waren jedoch Weisungen über die Frage, ob und inwiefern ein Dritter Rede und Antwort zu geben hat, gegenstandslos geworden, da dies jetzt im Hauptverfahren geschah. Eine Anpassung des Gesetzestextes an den neuen Zustand erfolgte aber nie.

Die Wendung, ob und inwiefern ein Dritter "mit einem bereits Belangten ins Recht einzutreten hat", bezieht sich dem Wortlaute nach auf die notwendige und einfache Streitgenossenschaft¹². Auch hier ist zu sagen, dass die gegenwärtige

6 Vgl. auch ZPO 40, wonach über die Zulässigkeit einer Nebenintervention im Streitfall der Richter (d.h. bei Kollegialgerichten das Gesamtgericht) entscheidet.

7 ZPO 190. Zuständig ist das Gesamtgericht.

8 ZPO 96 ("Will eine Partei ...").

9 § 105 Ziff. 1 lit. c.

10 S. 13.

11 Vgl. §§ 194–203 der ZPO von 1860.

12 Das Wort "hat" schliesst die Nebenintervention aus, da die Teilnahme als Nebenintervenient auf freiwilliger Basis beruht.

Einordnung bei den richterlichen Weisungen, zumindest was die notwendige Streitgenossenschaft anbetrifft, verfehlt ist. Notwendige Streitgenossenschaft besteht aufgrund des materiellen Rechts. Treten nicht alle Streitgenossen als Kläger oder Beklagte auf, so fehlt ihnen die Sachlegitimation¹³. Fehlende Sachlegitimation wird aber nach der Praxis mittels einer Uneinlässlichkeitseinrede geltend gemacht¹⁴, welche bei Gutheissung den Beklagten vom Eintreten auf die Hauptsache entbindet, was zur Folge hat, dass die Klage nochmals von allen bzw. gegen alle Streitgenossen angehoben werden muss. Beiladung¹⁵, auf welche man angesichts des Wortlautes schliessen könnte, kommt daher nach der Praxis nicht in Betracht. Bei einfacher Streitgenossenschaft liegt die Vermutung nahe, eine Partei könne mittels richterlicher Weisung eine Trennung bzw. Vereinigung der Prozesse verlangen, doch dürfte dafür bei Kollegialgerichten das Gesamtgericht¹⁶ zuständig sein.

3. Bezüglich der Pflicht zum Erscheinen vor Gericht

Ein weiterer Anwendungsfall der richterlichen Weisungen betrifft Kontroversen über die Frage, "ob jemand persönlich vor Gericht zu erscheinen hat."¹⁷ Eine Pflicht zum Erscheinen vor Gericht kann für Dritte oder für Prozessparteien bestehen. Dritte sind nur dazu verpflichtet, wenn sie als Zeugen aussagen müssen und im Kanton Glarus wohnhaft sind¹⁸. Andernfalls kommt eine polizeiliche Vorführung nicht in Frage. Bei Parteien kann nur im Ehescheidungsverfahren eine Teilnahme am Eheverhör und an der Hauptverhandlung mit polizeilicher Hilfe erzwungen werden, sofern die vorzuführende Partei im Kanton Glarus Wohnsitz hat¹⁹. In allen übrigen Fällen trifft Parteien lediglich eine sogenannte prozessuale Last²⁰, d.h. polizeiliche und strafrechtliche Zwangsmittel sind nicht gestattet, doch werden an die unentschuldigte Abwesenheit prozessuale Nachteile geknüpft. Sofern lediglich eine prozessuale Last zum Erscheinen besteht²¹, ist es denkbar, dass der Richter im Weisungsverfahren darüber entscheidet, ob eine Partei zu erscheinen hat oder ob sie sich ausnahmsweise vertreten lassen darf. Allerdings ist es wenig zweckmässig, allein wegen Dispensationsgesuchen ein Weisungsverfahren einzuschlagen.

13 Guldener 269, Kummer 154.

14 Vorne § 28 III B 1.

15 Auch Guldener, Die Beiladung, insbesondere im Bundeszivilprozessrecht, in Festschrift für Hans Fritzsche, Zürich 1952, 25 ff., insbes. 27, zählt Glarus nicht zu den Kantonen, welche die Beiladung kennen.

16 Vgl. ZPO 33 Abs. 1 und 2.

17 ZPO 97 Abs. 1 Ziff. 1 lit. d stimmt wortwörtlich mit § 105 Ziff. 1 lit. d der ZPO von 1837 überein.

18 ZPO 189 Abs. 2.

19 ZPO 270 Abs. 2 und 4, 273 Abs. 2.

20 Dazu Kummer 90.

21 Vgl. z.B. ZPO 124 Abs. 1, 260 Abs. 1 und 3, 273 Abs. 1.

4. Terminierung

a) Anwendungsbereich

Ein weiterer Anwendungsfall der richterlichen Weisungen erstreckt sich auf Anstände über die "Anberaumung einer Frist, innert welcher jemand, der Rechtsansprüche gegen einen andern zu haben behauptet, diese gerichtlich geltend zu machen hat."²² Es handelt sich dabei um Fristen, die vor der Anmeldung eines Prozesses beim Gericht auftreten können und mit der Terminierung zwecks Beschleunigung der Prozesseinleitung verkürzt oder angesetzt werden sollen. Zu denken ist vor allem an die Verkürzung der sechsmonatigen Leitscheinfrist. Diese kann nach Art. 86 Abs. 2 ZPO in dringenden Fällen durch gerichtliche Terminstellung verkürzt werden, was mittels richterlicher Weisung erfolgt²³. Bei unbenütztem Ablauf der abgekürzten Einreichungsfrist verliert der Leitschein seine Gültigkeit und kann zur Anmeldung beim Gericht nicht mehr benutzt werden²⁴. Diese Terminstellung bezweckt die Beschleunigung des bereits rechtshängigen Prozesses. Was als dringender Fall zu gelten hat, lässt sich infolge der fehlenden Praxis nicht beantworten. Festzustellen ist immerhin, dass es grundsätzlich im freien Ermessen des Klägers liegt, ob er die sechsmonatige Frist voll ausschöpfen will. Eine Abkürzung kommt nur in Frage, wenn die Interessen des Beklagten an einer vorzeitigen Anmeldung des Leitscheines derart überwiegen, dass dem Kläger ein frühzeitiges Handeln zuzumuten ist. Dies dürfte der Fall sein, wenn eine allzulange Prozessdauer erhebliche Nachteile hervorrufen könnte, so wenn beispielsweise der Beklagte mit einer riskanten vorsorglichen Massnahme belastet ist²⁵.

Bei vorsorglichen Massnahmen vor Anhängigmachung eines Prozesses ist denkbar, dass der Richter auf Antrag hin mittels dieser Weisung die Klagefrist abkürzt oder überhaupt erstmals ansetzt, sofern dies nicht bereits in der einstweiligen Verfügung geschehen ist.

b) Ausschluss der Klageprovokation

Die Formulierung "wegen Anberaumung einer Frist, innert welcher jemand, der Rechtsansprüche gegen einen andern zu haben behauptet, diese gerichtlich geltend zu machen hat" lässt sofort an die Klageprovokation²⁶ denken. Nach feststehender

22 ZPO 97 Abs. 1 Ziff. 1 lit. e.

23 AGP 28.2.1968.

24 AGP 28.2.1968; vorne § 3 II B 2.

25 Vgl. dazu auch hinten § 40 VI D.

26 Näheres zur Klageprovokation bei Lorenz Heer, Die Provokation zur Klage, Diss. Zürich 1959, Voyame 105 ff., Oskar Wyss, Von der Aufforderung zur Klage, Diss. Zürich 1917; vgl. auch BGE 83 II 196 Erw. 2. Im übrigen gibt es verschiedene Autoren, welche die Klageprovokation als bundesrechtswidrig ansehen, z.B. Hinderling, ZSR 80 (1961) II 435, Voyame 106, Walder 236 Anm. 4.

Rechtsprechung der Glarner Gerichte²⁷ enthält jedoch diese richterliche Weisung lediglich die Feststellung, der Richter habe über Anstände zu entscheiden, die wegen einer Fristansetzung als solcher entstanden sind, nicht aber wann im einzelnen eine Klageprovokation zulässig ist. Ob eine Klageprovokation möglich sei, müsse mangels Regelung in der Zivilprozessordnung nach allgemeinen Grundsätzen entschieden werden. Ebenso wenig könne mit der Terminierung eine Umkehrung der Parteirollen erreicht werden²⁸. Immerhin ist noch zu erwähnen, dass die Gerichte²⁹, nachdem sie die Klageprovokation gestützt auf allgemeine Grundsätze bejaht hatten, gemäss lit. e eine Frist zur Geltendmachung der behaupteten Ansprüche unter Androhung der Verwirkung anberaumt haben.

B Praktische Bedeutung

Abgesehen von der zuletzt behandelten Terminierung kommen richterliche Weisungen über Anstände in der Praxis nicht vor. Im Falle von Anständen bezüglich Dritter³⁰ lässt sich sogar sagen, dass solche, ausgenommen vielleicht die Trennung oder Vereinigung von Prozessen bei einfacher Streitgenossenschaft, überhaupt nicht denkbar sind. Eine Auseinandersetzung über die Verteilung der Parteirollen hat kürzlich stattgefunden, allerdings nicht im Verfahren betreffend richterliche Weisungen, sondern anlässlich der Behandlung der Hauptsache³¹. Dies ist denn auch viel prozessökonomischer, muss doch nicht ein separates Verfahren durchgeführt werden.

27 OGE 23.11.1931, ZGE 9.4.1959, 21.1.1946; vgl. auch ZGE 28.5.1932, PV 11.3.1966.

28 ZGE 21.1.1946, 28.5.1932.

29 Vgl. die vorhin in Anm. 27 zitierten Entscheide.

30 ZPO 97 Abs. 1 Ziff. 1 lit. c.

31 ZGE 12.4./21.10.1976.

II *Einstweilige Öffnung eines Verbotes oder Rechtbotes*³²

A Zweck und rechtliche Natur

Die Bewilligung der Rechtbote erfolgt ohne Prüfung der materiellen Rechtslage durch den Richter und ohne vorherige Anhörung des Rechtbotempfängers³³. Zudem treten die Wirkungen beim Spezialrechtbot mit der Zustellung, beim allgemeinen Rechtbot mit der dritten Veröffentlichung im Amtsblatt ein³⁴. Diese den Rechtbotgeber allzu einseitig bevorzugende gesetzliche Regelung kann zu schweren Nachteilen für den Rechtbotempfänger führen, der, ohne überhaupt einmal befragt worden zu sein, sofort dem Rechtbot Folge leisten muss. Hinzu kommt noch, dass es Monate dauern kann, bis das Rechtbotöffnungsverfahren abgeschlossen ist, da sich die mit einem Rechtbot belegte Partei nur Gehör dadurch verschaffen kann, dass sie den ordentlichen Prozessweg durch Vorladung vor den Vermittler einschlägt. Als Ausgleich gegenüber diesen schwerwiegenden Nachteilen gibt das Gesetz dem Rechtbotempfänger die Möglichkeit, das Rechtbot durch den Richter einstweilig öffnen und damit die Verbotswirkung beseitigen zu lassen.

Möglich ist aber auch die einstweilige Öffnung eines mit einem verbietenden Amtsbefehl belegten Rechts. Obwohl diese Möglichkeit in der Praxis keine Bedeutung besitzt, kann insbesondere bei Amtsbefehlen im Besitzesschutzverfahren eine einstweilige Öffnung in Frage kommen, da die Besitzesschutzklagen in der Regel das hinter dem Besitz stehende Recht ausser Acht lassen und die Einrede aus besserem Recht erst im ordentlichen Prozess vorgebracht werden kann³⁵. Denkbar ist auch die vorübergehende Suspendierung einer mit einem Verbot ausgestalteten vorsorglichen Massnahme. Sofern den Entscheiden im Verfahren zur schnellen Handhabung klaren Rechts keine umfassende materielle Rechtskraft zukommt, lassen sich auch diese Verbote einstweilig aufheben.

Rechtlich stellt die einstweilige Öffnung eines Verbotes oder Rechtbotes nichts anderes als eine vorsorgliche Massnahme dar, die längstens bis zum endgültigen Entscheid über das umstrittene Recht in Kraft bleibt³⁶. Selbstredend greift sie der nachfolgenden Entscheidung in der Hauptsache in keiner Weise vor.

32 Diese richterliche Weisung ist seit 1837 im Gesetz enthalten (§ 105 Ziff. 5 lit. c der ZPO von 1837). Bei der Revision von 1860 entstand die auch heute noch praktisch unverändert im Gesetz enthaltene Formulierung. Dazu das Landsgemeindememorial von 1860, 10: "Wenn ein Rechtbot gegeben wird, dessen strenge Befolgung dem Empfänger grossen Schaden zufügen würde, während doch eine Ausübung des bestrittenen Rechtes, allen Rechten unschädlich, dem Rechtbotgeber für seine Rechtsstellung nicht nachtheilig wäre, so liegt es im Interesse beider Parteien, (auch des Rechtbotgebers wegen der Pflicht zu allfälligem Schadenersatz) dass das Gericht eine vorläufige Öffnung des Rechtbots, dem Hauptentscheid unpräjudicirlich gestatten dürfe."

33 Vorne § 33 IV.

34 ZPO 294 Abs. 1, 295 Abs. 1.

35 Vorne § 34 II D 1.

36 AGP 11.8.1976, 6.7.1971. Vgl. auch OGP 20.11.1967 zur sofortigen Öffnung des Rechtbotes im Anschluss an einen Appellationsentscheid.

B Voraussetzungen

1. Ein mit einem Verbot oder Rechtbot belegtes Recht

Die einstweilige provisorische Öffnung setzt als erstes ein mit einem Verbot oder Rechtbot belegtes Recht voraus³⁷. Dies ist insofern missverständlich, als man die Auffassung vertreten könnte, die provisorische Öffnung sei nur bei ausgewiesenen Rechten zulässig. Abgesehen von schikanösen Rechtboten dürfte es sich jedoch stets um umstrittene oder noch zu erstreitende Rechte handeln. Verlangt werden darf mithin nicht ein eindeutig nachweisbares Recht³⁸, denn ob dieses besteht, soll ja gerade der ordentliche Prozess klären. Das Augenscheingericht hat denn auch erklärt, dass einstweilige Öffnungen "nicht nur gestützt auf ein nachgewiesenes bereits bestehendes, sondern auch im Hinblick auf ein umstrittenes oder noch zu erstreitendes Recht erfolgen können."³⁹ Diese Auffassung findet auch im Gesetz in zweierlei Hinsicht eine Stütze. Dieses lässt nämlich auch die einstweilige Öffnung von Verböten zu, welche der Richter nach materieller Kognition verfügt, so dass es eben mit einem eindeutig nachweisbaren Recht nicht so weit her ist⁴⁰. Sodann schliesst das Gesetz Verböte und Rechtböte gegen rechtsbegründende Eintragungen in öffentlichen Registern ausdrücklich aus. Damit fallen auch diese gerade vorzüglich nachweisbaren Rechte für eine provisorische Öffnung ausser Betracht, da Verböte oder Rechtböte, die sich gegen solche Rechte richten, gar keine rechtlichen Wirkungen zeitigen können⁴¹. Es ist daher verfehlt, wenn das Obergericht die Meinung vertritt, von einem Recht im Sinne von Art. 97 Abs. 1 Ziff. 2 ZPO könne erst gesprochen werden, wenn das umstrittene Notwegrecht im Grundbuch eingetragen sei⁴². Da die einstweilige Öffnung nichts anderes als eine vorsorgliche Massnahme für die Dauer des Rechtsstreites ist, muss ein glaubhaft gemachtes Recht genügen.

2. Vorliegen dringender Umstände

Eine einstweilige Öffnung ist ferner nur möglich, wenn sich die Ausübung des verbotenen Rechtes als dringend nötig erweist⁴³. Die weitere Beachtung des Verbötes oder Rechtbötes darf dem Gesuchsteller nicht mehr zumutbar sein. Dies ist dann nicht der Fall, wenn die Aufhebung des Verbötes für den Gesuchsteller bloss er-

37 ZPO 97 Abs. 1 Ziff. 2 1. Satz.

38 A.M. Hauri 73, der ein mit einem Rechtstitel nachgewiesenes Recht verlangt.

39 AGE 16.7.1953.

40 Abgesehen von Einreden aus besserem Rechte des Eigentümers bei Besitzesstreitigkeiten.

41 ZPO 292 Abs. 2, 299 Abs. 1.

42 OGE 28.10./18.11.1953.

43 ZPO 97 Abs. 1 Ziff. 2 1. Satz.

leichternd wirkt⁴⁴. Wann im übrigen von dringenden Umständen gesprochen werden kann, hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalles ab.

Kein dringender Umstand liegt beispielsweise vor, wenn neben dem mit einem Rechtbot belegten Strässchen noch ein anderer Weg zum Haus des Gesuchstellers führt⁴⁵. Nach der Praxis bildet auch die Bauteuerung keinen Grund für eine provisorische Öffnung eines Rechtbotes, mit dem der Rechtbotgeber einen bevorstehenden Bau als Ganzes verbieten will⁴⁶.

3. Zumutbarkeit für den Gegner

Ein drittes Erfordernis macht die provisorische Öffnung davon abhängig, dass dem Gesuchsgegner daraus kein erheblicher Nachteil erwächst oder dass der Gesuchsteller genügende Sicherheit für einen allfällig eintretenden Schaden leistet⁴⁷. Die einstweilige Öffnung muss mit anderen Worten dem Gesuchsgegner zumutbar sein. Der Richter hat die beiden entgegengesetzten Interessen dementsprechend zu würdigen. Kein erheblicher Nachteil liegt etwa vor, wenn die Nichtöffnung den Gesuchsteller weit schwerer trifft als die Öffnung den Gesuchsgegner. Eine provisorische Öffnung ist ferner am Platze, wenn der Antragsteller genügende Sicherheit für allfällig entstehenden Schaden bietet. Da alle drei Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein müssen, darf trotz ausreichender Sicherheitsleistung eine Öffnung gegen den Willen des Gesuchsgegners nur bewilligt werden, wenn dringende Umstände vorliegen.

C Zeitpunkt, Dauer und Wirkung der einstweiligen Öffnung

Eine einstweilige Öffnung kommt vom Zeitpunkt der Verbotswirkung⁴⁸ bis zum rechtskräftigen gerichtlichen Entscheid über das umstrittene Recht in Frage. Nach Eintritt der Rechtskraft ist eine Öffnung nicht mehr möglich⁴⁹.

Die Dauer der provisorischen Öffnung hängt von den konkreten Umständen ab. Meistens bleibt die einstweilige Öffnung in Kraft, bis der ordentliche Prozess gütlich

44 Hauri 74.

45 AGP 22.1.1969.

46 AGP 17.8.1971, 12./21.8.1968, vgl. auch AGP 19.8.1976. Richtet sich das Rechtbot nicht gegen den Bau als solchen, sondern lediglich gegen Nebenpunkte, so wird bei dringenden Bauvorhaben eine provisorische Öffnung verfügt, AGP 6.7.1971.

47 ZPO 97 Abs. 1 Ziff. 2 2. Satz; dazu AGP 1.6.1971.

48 ZPO 298; Hauri 74 f.

49 ZPO 296 Abs. 1; AGP 30.8.1967/15.1.1969, 28.2.1968.

oder durch Urteil erledigt ist⁵⁰. In Betracht kommt selbstredend auch die kurzfristige Öffnung für die Vornahme bestimmter Handlungen⁵¹.

Die einstweilige Öffnung gestattet dem Gesuchsteller weiterhin die Ausübung seiner Rechte, ohne dass er deswegen richterliche Sanktionen zu befürchten hat⁵². In einem speziellen Fall kommt der Bewilligung sogar rückwirkende Kraft zu. Wer innerhalb von 5 Tagen seit Eintritt der Verbotswirkung die provisorische Öffnung verlangt und diese auch bewilligt erhält, darf nach Art. 298 ZPO nicht mehr wegen einer vorgängigen Übertretung des Rechtbotes bestraft werden.

Angesichts der strengen Voraussetzungen muss m.E. der Richter bei deren Vorliegen die provisorische Öffnung bewilligen, obwohl das Gesetz die "Kann-Formel" enthält. Da es sich bei der provisorischen Öffnung um eine einstweilige Verfügung handelt, ist die Ansetzung einer Frist zur Anhängigmachung des Rechtsstreites zulässig⁵³. Bei der Öffnung von Rechtboten ist dies aber nicht notwendig, da das Gesetz bereits Verwirkungsfristen für die Rechtbotöffnungsklage vorsieht⁵⁴. Zudem ist bei Spezialrechtboten der Prozess seit deren Zustellung bereits streitanhängig⁵⁵.

III Erweiterung gesetzlicher oder richterlicher Fristen⁵⁶

A Die erstreckbaren Fristen

1. Fristen der Zivilprozessordnung

a) Richterliche Fristen

Als richterliche Fristen bezeichnet man Fristen, deren Dauer der Richter festsetzt. Diese richterlichen Fristen können, wie das allgemein⁵⁷ üblich ist, aus hinreichenden Gründen verlängert werden⁵⁸.

50 So etwa AGP 11.8.1976, 6.7.1971.

51 AGP 22.1.1969.

52 ZPO 294 Abs. 1, 295 Abs. 1.

53 Gestützt auf ZPO 288.

54 ZPO 296.

55 ZPO 51.

56 Die heutige Vorschrift entspricht wortwörtlich § 105 Ziff. 6 der ZPO von 1837.

57 Vgl. z.B. Bern ZPO 116 Abs. 1, Schaffhausen ZPO 52 Abs. 1, St. Gallen ZPO 126 Abs. 1, Uri ZPO 77 Abs. 2.

58 ZPO 97 Abs. 1 Ziff. 3. Selbstredend sind auch die vom Gesamtgericht angesetzten Fristen erstreckbar, OGE 24.2.1953.

b) Gesetzliche Fristen

Fristen, deren Dauer das Gesetz bereits zum voraus bestimmt, nennt man gesetzliche Fristen. Auch sie sind, im Gegensatz zu anderen Kantonen⁵⁹, im Glarner Zivilprozess gestützt auf Art. 97 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO erstreckbar. Nach dieser Bestimmung kann grundsätzlich jede gesetzliche Frist verlängert werden⁶⁰. Insbesondere ist auch die Erstreckung der Rechtsmittelfristen zulässig⁶¹. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz kommt nur in Frage, wenn das Gesetz ausdrücklich eine bestimmte Frist als nicht erstreckbar bezeichnet.

2. Prozessuale Fristen der kantonalen Einführungsgesetze

In den kantonalen Einführungsgesetzen zum OR, ZGB und SchKG sind ebenfalls verfahrensrechtliche Fristen enthalten⁶². Da nach allen drei Gesetzen jeweils die Vorschriften der Zivilprozessordnung analoge Anwendung finden⁶³, ist auch bei Fristen der Einführungsgesetze – ausdrückliche gegenteilige Vorschrift vorbehalten – eine Erstreckung möglich.

3. Klagefristen des Bundesrechtes

Klagefristen des Bundesprivatrechtes sowie des Schuldbetreibungs- und Konkursrechtes können nicht gestützt auf kantonales Recht erweitert werden⁶⁴. Die in

59 Bern ZPO 116 (dazu Leuch N. 1 zu Art. 116 ZPO), Schaffhausen ZPO 47, St. Gallen ZPO 126 Abs. 1, Uri ZPO 77 Abs. 1. Immerhin sehen z.T. auch diese Kantone ausnahmsweise die Erstreckung gesetzlicher Fristen vor. So z.B. Schaffhausen ZPO 47 bei Tod oder Handlungsunfähigkeit, St. Gallen ZPO 126 Abs. 1, sofern das Gesetz die Verlängerung ausdrücklich zulässt.

60 Unzutreffend ZGE 25.9.1969, wonach die Frist in ZPO 155 Abs. 2 nicht erstreckbar sei, weil sich das Gesetz über eine Erstreckungsmöglichkeit ausschweige. Diese Ansicht ist strikt abzulehnen. Sie widerspricht nicht nur anderen Entscheidungen (vgl. OGP 28.5.1969, 5.12.1968), sondern hatte zur Folge, dass keine einzige gesetzliche Frist verlängert werden konnte, da die Zivilprozessordnung nirgends ausdrücklich eine bestimmte Frist als erstreckbar bezeichnet, wodurch aber die Generalklausel in ZPO 97 Abs. 1 Ziff. 3 jeglichen Sinn verlöre. An dieser Stelle sei noch darauf hingewiesen, dass bei der Ausarbeitung der ZPO von 1930 ein Antrag, welcher die Erstreckung gesetzlicher Fristen verbieten wollte, ausdrücklich abgelehnt wurde, vgl. Staub 18.

61 OGP 28.5.1969, 5.12.1968.

62 Z.B. EG ZGB 4 Abs. 1.

63 EG ZGB 5, EG OR 4, EG SchKG 27.

64 Guldener, Bundesprivatrecht 43, Walder 365; vgl. auch BGE 101 II 88 f., 99 II 168 sowie 82 III 32. Eine Ausnahme ist dort zu machen, wo das Bundesrecht (vgl. z.B. ZGB 961 Abs. 3) die Dauer der Frist dem richterlichen Ermessen anheimstellt, Hauser/Hauser 706 sowie BGE 66 II 108, Sträuli/Messmer N. 5 zu § 101 ZPO.

Art. 97 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO erwähnten Voraussetzungen sind auf bundesrechtliche Klagefristen nicht anwendbar. Ob solche Fristen erstreckbar sind, ist eine Frage des Bundesrechtes.

B Voraussetzungen für die Fristerstreckung

1. Nichtverschuldete Umstände

Die Erweiterung einer gesetzlichen oder richterlichen Frist ist nicht ohne weiteres möglich. Das Gesetz⁶⁵ macht sie von unvorhergesehenen und von den Parteien nicht verschuldeten Umständen abhängig, die eine rechtzeitige und umfassende Vornahme der Prozesshandlungen innert der zu verlängernden Frist verunmöglichen. Leichte Fahrlässigkeit schliesst bereits die Erstreckung aus. Unverschuldete Umstände reichen allein für eine Erweiterung aus. Ob der verschuldete Umstand voraussehbar war oder nicht, ist entgegen dem Gesetzeswortlaut belanglos, da die Wiederherstellung einer Frist nach der Praxis⁶⁶ lediglich ein nicht verschuldetes Hindernis voraussetzt. An die Erstreckung von Fristen sind aber nicht höhere Voraussetzungen zu stellen als an die Wiederherstellung. Es ist zwecklos, Fristverlängerungen zu verweigern, wenn der geltend gemachte Grund für die Restitution ausreicht. Was als nicht verschuldet zu gelten hat, kann nur aufgrund der Umstände des konkreten Einzelfalles gesagt werden. Immerhin sind auch hier die Entschuldigungsgründe von Art. 131 ZPO heranzuziehen.

2. Rechtzeitiges Gesuch

Die Erweiterung einer Frist setzt nach Art. 96 ZPO ein Gesuch voraus, das rechtzeitig, d.h. noch vor Ablauf der zu erstreckenden Frist⁶⁷, zu stellen ist. Andernfalls kommt nur noch Wiederherstellung der Frist in Betracht. Nicht nötig ist, dass die Weisung des Richters, mit welcher dieser die Verlängerung der Frist gewährt, noch vor Ablauf der zu erstreckenden Frist in Rechtskraft erwächst⁶⁸. Wird das Fristerstreckungsgesuch in ablehnendem Sinne behandelt, so ist dem Gesuchsteller ausser bei trölerhaften Begehren eine kurze Nachfrist anzusetzen⁶⁹.

65 ZPO 97 Abs. 1 Ziff. 3. Bei richterlichen Fristen ist die Praxis mit der Gewährung von Fristerstreckungen sehr grosszügig.

66 Vorne § 25 III.

67 AGP 13.5.1968; Hauser/Hauser 735, Leuch N. 2 zu Art. 116 ZPO.

68 Es ist nicht einmal nötig, dass das Gesuch vor Ablauf der Frist beim Gericht eintrifft. Rechtzeitige Aufgabe bei der Post genügt bereits (vgl. auch ZPO 25 Abs. 8), Hauser/Hauser 735, Leuch N. 2 zu Art. 116 ZPO.

69 Hauser/Hauser 737; nicht so verallgemeinernd ZR 73 Nr. 11.

3. Anspruch auf Erstreckung bei Vorliegen der Voraussetzungen

Liegen die vom Gesetz geforderten Voraussetzungen vor, so muss der Richter die Fristerstreckung gewähren⁷⁰. Die Dauer der Erweiterung hängt von den konkreten Verhältnissen im Zeitpunkt der richterlichen Weisung ab⁷¹. Zulässig sind nach der Praxis auch mehrere Fristerstreckungen⁷².

C Beispiele aus der Praxis⁷³

OGP 5.12.1968: Erstreckung der zwanzigtägigen Appellationsfrist infolge Teilnahme an einem Weiterbildungskurs im Ausland.

ZGE 8.1.1976: Frist zur Leistung des Kostenvorschusses zweimal erstreckt, ohne Angabe von Gründen.

ZGE 8.5.1958: Erweiterung einer richterlichen Frist, da der Gesuchsteller infolge Unfalls nicht imstande war, die Prozesshandlungen fristgerecht vorzunehmen.

OGP 28.5.1969: Verlängerung der Appellationsfrist wegen Verschulden abgelehnt. Der Gesuchsteller war der einzige Verwaltungsrat einer in Glarus domizilierten Gesellschaft. Als das erstinstanzliche Urteil zugestellt wurde, konnte es der Domizilträger weder selbständig anfechten, da er keine entsprechende Vollmacht besass, noch an den Gesuchsteller weiterleiten, da dieser in Untersuchungshaft sass und der zuständige Untersuchungsrichter mehrere Tage abwesend war. Die nicht rechtzeitige Zustellung hatte der Verwaltungsrat nach Ansicht des Obergerichtspräsidenten selbst verschuldet, denn "es muss bei Domizilgesellschaften vorausgesetzt werden können, dass die interne Organisation des Gesellschaftssitzes die Möglichkeit sofortigen und rechtswirksamen Handelns namens der Gesellschaft vorsieht."⁷⁴

⁷⁰ Guldener 216, Hauser/Hauser 736.

⁷¹ OGE 24.2.1953.

⁷² Vgl. ZGE 10./17.11.1977, 8.1.1976, 9.10.1958/9.4.1959, AGP 23.9.1968.

⁷³ Vgl. auch ZGF 10./17.11.1977, AGP 23.9.1968, 16.8.1968, 16.7.1968, 13.5.1968.

⁷⁴ Genau genommen handelte es sich um ein Wiederherstellungsgesuch; der Obergerichtspräsident stützte jedoch seinen Entscheid auf ZPO 97 Abs. 1 Ziff. 3 ab. Zum Entscheid ist noch zu bemerken, dass mindestens noch hätte geprüft werden müssen, ob bei Anwesenheit des Untersuchungsrichters ein rechtzeitiges Handeln trotz der mangelhaften Gesellschaftsorganisation möglich gewesen wäre, da diesfalls kein Verschulden vorgelegen hätte.

IV Sicherstellung gefährdeter Beweise⁷⁵

A Zweck

Der Ausgang eines Rechtsstreites hängt entscheidend davon ab, ob der beweispflichtigen Partei der Nachweis der von ihr geschilderten Sachlage gelingt. Bis es jedoch zum Beweisverfahren kommt, verstreicht oft geraume Zeit, so dass unterdessen ein Beweismittel verloren gehen könnte. Um einem solchen Verlust vorzubeugen, kann die betroffene Partei bei Vorhandensein einer Gefahr eine vorsorgliche Beweisaufnahme, im Glarner Zivilprozess Sicherstellung gefährdeter Beweise genannt, verlangen. Diese Beweissicherung bezweckt den Erhalt der Beweiskraft eines Beweismittels oder einer Beweistatsache für die später nachfolgende Hauptverhandlung, nicht jedoch eine Aussage über den Wert des sichergestellten Beweises⁷⁶.

Während im Glarner Zivilprozess die vorsorgliche Beweisaufnahme lediglich der Sicherstellung gefährdeter Beweise dient, kommt ihr im Berner Zivilprozess auch noch prozessverhütende Wirkung zu, da dort nur ein rechtliches Interesse, nicht jedoch auch eine drohende Gefahr vorausgesetzt wird⁷⁷. Dadurch kann eine Partei mit der vorsorglichen Beweisaufnahme ihre Prozessaussichten vor der Anhängigmachung des Rechtsstreites abklären, indem beispielsweise eine Expertise Aufschluss über ihre Chancen geben soll. De lege ferenda ist zu prüfen, ob nicht auch diesem prozessverhütenden Aspekt Rechnung getragen werden soll⁷⁸.

B Gegenstand der Sicherstellung

Der Glarner Zivilprozess kennt sieben Beweismittel, nämlich das Zugeständnis, Urkunden, Zeugen, Augenschein, Sachverständige, Befragung der Parteien und den Eid⁷⁹. Aber nicht jedes dieser sieben Beweismittel ist der vorsorglichen Beweisaufnahme zugänglich. Das Gesetz beschränkt die Beweissicherung auf die vorläufige Einvernahme von Zeugen, auf die Vornahme von Augenscheinen und die Durchführung von Expertisen⁸⁰.

75 Dazu Hans H. Raschle, Das Institut der vorsorglichen Beweisaufnahme, SJZ 12 (1915/16), 226 ff. sowie Hansadolf Schläfli, Die Sicherstellung gefährdeter Beweise nach schweizerischem Zivilprozessrecht, Diss. Zürich 1947.

76 Kummer 182.

77 Kummer 182, Leuch N. 2 zu Art. 222 ZPO.

78 So schon Raschle a.a.O. 229.

79 ZPO 164 Abs. 1.

80 ZPO 103 Abs. 1, 104, 110 Abs. 2. Ebenso z.B. St. Gallen ZPO 399, weitergehend u.a. Bern ZPO 222, Zürich ZPO 231.

Die Praxis hält sich nicht starr an den Wortlaut des Gesetzes. So hat sie auch die vorsorgliche Parteibefragung in einem bereits rechtshängigen Prozess zugelassen⁸¹. Eine weitere Ausdehnung kommt aber nur noch auf die Urkunden in Frage. Die Sicherstellung eines Zugeständnisses ist nicht denkbar⁸². Der Eid ist infolge seiner subsidiären Natur nicht zulässig, da dem Richter im Beweissicherungsverfahren die Anhaltspunkte dafür fehlen, ob die Voraussetzungen für die Eidesabnahme gegeben sind. Zudem steht es dem für die vorsorgliche Beweissicherung zuständigen Richter auch nicht zu, die Beweiskraft der übrigen Beweismittel zu würdigen und den Parteieid anzuordnen⁸³.

De lege ferenda ist der Wortlaut des Gesetzes der Praxis anzupassen und die vorsorgliche Beweisaufnahme auf Urkunden und Parteibefragung auszudehnen.

C Voraussetzungen für die Beweissicherung

1. Gefährdung des sicherzustellenden Beweises

Im Glarner Zivilprozess ist die vorsorgliche Beweisaufnahme nur zum Zwecke der Sicherstellung gefährdeter Beweise zulässig. Nach Art. 103 Abs. 2 ZPO muss die Gefahr bestehen, "dass bei längerer Verzögerung Beweismittel verloren gehen oder nur schwerlich oder gar nicht mehr beigebracht werden könnten." Gefährdet ist ein Beweismittel somit nicht nur, wenn sein Untergang droht, sondern es genügt bereits, wenn seine Beibringung später nur noch unter erschwerten Umständen möglich ist⁸⁴. Diese Voraussetzungen muss der Gesuchsteller lediglich glaubhaft machen⁸⁵.

In bestimmten Fällen gibt das materielle Recht den Parteien Anspruch auf unverzügliche Feststellung des Tatbestandes, ohne dass dabei drohender Verlust vorausgesetzt wird⁸⁶. Bei diesen Ansprüchen ist die vorsorgliche Beweisaufnahme zulässig, auch wenn der Beweis nicht gefährdet ist.

Als Beispiele drohenden Verlustes oder erschwelter Beibringung seien folgende erwähnt: Hohes Alter des Zeugen oder der zu befragenden Person⁸⁷, drohende Veränderung des Augenscheinobjektes⁸⁸, bevorstehende Abreise des Zeugen für

81 PV 10.12.1973; vgl. auch ZR 70 Nr. 128 Erw. 2a.

82 Vgl. auch Schläfli a.a.O. 54 f. Im übrigen ist das Zugeständnis gar kein Beweismittel, Guldenner 347 f., Habscheid 385.

83 Brandenburg 90 Anm. 58, Spillmann 82.

84 Die gleichen Voraussetzungen bestehen auch in anderen Kantonen, vgl. z.B. St. Gallen ZPO 399, Zürich ZPO 231.

85 Eichenberger 199, Raschle a.a.O. 226, Schläfli a.a.O. 68.

86 Vgl. z.B. OR 204 Abs. 2, 367 Abs. 2. Das Verfahren richtet sich nach EG OR (vgl. EG OR 1 Ziff. 7 und 12). Für die Zuständigkeit vgl. BGE 96 II 270.

87 PV 10.12.1973, 1.5.1973, 28.5.1971; vgl. ferner § 112 Abs. 1 lit. a der ZPO von 1895.

88 AGE 15.2.1956, PV 6.4.1971.

längere Zeit oder in entferntere Gegenden⁸⁹, drohende Veränderung der zu begutachtenden Sachlage⁹⁰.

Die Praxis stellt keine allzu hohen Anforderungen an die drohende Gefahr. Hohes Alter eines Zeugen reicht bereits für die vorsorgliche Beweisaufnahme aus, ohne dass dessen Gesundheitszustand zu Besorgnis Anlass geben muss⁹¹. In Zweifelsfällen ist daher zugunsten des Gesuchstellers zu entscheiden.

2. Angehobener oder zukünftiger Rechtsstreit

Die Sicherstellung gefährdeter Beweise setzt nicht einen rechtshängigen Prozess voraus. Sie ist auch im Hinblick auf einen zukünftigen Rechtsstreit zulässig⁹². Neben der Gefährdung des Beweismittels muss auch die Möglichkeit eines zukünftigen Zivilprozesses bestehen. Die Beweissicherung für einen bevorstehenden Strafprozess ist beispielsweise nicht mit dem zivilprozessualen Institut der Beweissicherung vereinbar⁹³. Im übrigen muss das gefährdete Beweismittel lediglich für die Beweisführung in einem bevorstehenden oder rechtshängigen Zivilprozess geeignet sein⁹⁴. Nicht verlangt werden darf, dass es mit Sicherheit zum Prozess kommen wird⁹⁵. Auch nach der vorsorglichen Beweisaufnahme ist es dem Gesuchsteller überlassen, ob und wann er den Rechtsweg beschreiten will. Es ist daher nicht möglich, ihm eine Frist zur Anhängigmachung des Rechtsstreites anzusetzen⁹⁶.

3. Ausschluss weiterer Voraussetzungen

Der Richter, der für die Sicherstellung des Beweises zuständig ist, entscheidet nur über die Zulässigkeit des Begehrens und der angerufenen Zeugen. Mit der Frage, ob das bedrohte Beweismittel zweckmässig, nützlich oder erheblich ist, hat er sich nicht zu befassen, da die Würdigung des gesicherten Beweises Sache des urteilenden Gerichtes ist⁹⁷. Dies geht auch aus Art. 110 Abs. 2 ZPO hervor, der die Kosten des Beweissicherungsverfahrens nur zu den rechtlichen Kosten zählt, falls das Gericht der Hauptsache auf den vorsorglich gesicherten Beweis abstellt. Es ist folglich unzutreffend, wenn in Art. 107 Abs. 2 ZPO davon die Rede ist, der Richter des Beweis-

89 § 112 Abs. 1 lit. c der ZPO von 1895; ZR 60 Nr. 71, 58 Nr. 96.

90 PV 12.5.1970.

91 Vgl. PV 10.12.1973, 1.5.1973, 28.5.1971.

92 ZPO 103 Abs. 1. Die Beweissicherung kann sich sogar auf erst künftig entstehende Ansprüche beziehen, BGE 87 I 59, ZBJV 90 (1954), 375.

93 Ausgenommen Adhäsions- und Ehrverletzungsprozesse (vgl. StPO 201 Abs. 1).

94 Eichenberger 199, Raschle a.a.O. 229, Schläfli a.a.O. 63.

95 ZR 58 Nr. 96.

96 Raschle a.a.O. 228, Schläfli a.a.O. 62, Spillmann 83.

97 BGE 96 II 269, AGE 15.2.1956; Eichenberger 199, Schläfli a.a.O. 73 f., Spillmann 79 f.

sicherungsverfahrens könne den Entscheid über Einwendungen gegen die Zweckmässigkeit, Erheblichkeit oder Zulässigkeit der einzelnen Zeugenansinnen dem Richter im Prozess überlassen. Vielmehr darf er – ausser bei Fällen offenkundigen Missbrauchs – dem Entscheid des erkennenden Gerichtes nicht vorgreifen⁹⁸.

D Beweissicherungsverfahren

1. Zuständigkeit

Die Sicherstellung des Beweises erfolgt durch den Präsidenten des für die Hauptsache zuständigen Gerichtes. Dies trifft nach Art. 103 Abs. 1 ZPO auch auf die vorsorgliche Beweisaufnahme für einen bevorstehenden Prozess zu. Nicht vorgesehen ist im Gesetz der Gerichtsstand am Ort des Beweisobjektes⁹⁹. Widerspruchsloses Teilnehmen am Beweissicherungsverfahren darf nicht als vorbehaltlose Einlassung¹⁰⁰ oder als Verzicht auf die Garantie von Art. 59 BV¹⁰¹ aufgefasst werden. Die Zuständigkeit des ordentlichen Beweissicherungsrichters ist auch bei Schiedsabreden gegeben¹⁰².

Trotz dem eindeutigen Wortlaut von Art. 103 Abs. 1 ZPO kommt auch im Glarner Zivilprozess der Gerichtsstand am Ort der Beweiserhebung in Betracht. Besonders im interkantonalen Verhältnis erlangt er praktische Bedeutung. Da die einzelnen Prozessgesetze die Zuständigkeit zum Teil verschieden regeln, kommt es des öfters zu Kompetenzkonflikten. Dies veranschaulicht auch ein Beispiel aus der Praxis¹⁰³: Der vorsorglich zu sichernde Beweis befand sich im Kt. Glarus, während für den bevorstehenden Hauptprozess die bündnerischen Gerichte zuständig waren. Nach Art. 103 Abs. 1 ZPO war für die vorsorgliche Beweiserhebung der Bündner Richter kompetent, während nach der bündnerischen Zivilprozessordnung gerade der Glarner Richter zuständig war, da nach bündnerischem Recht¹⁰⁴ die Beweissicherung für einen zukünftigen Prozess am Ort, wo sich der fragliche Zeuge oder Gegenstand befindet, zu erfolgen hat. Nachdem sich zunächst sowohl der Glarner wie auch der Bündner Richter als nicht kompetent erklärt hatte, ordnete der Zivilgerichtspräsident zu Recht auf ein neuerliches Gesuch hin die Beweissicherung an. Im interkantonalen Verhältnis kommt damit auch im Glarner Zivilprozess der Gerichtsstand am Ort der Beweiserhebung in Frage. Art. 103 Abs. 1 ZPO enthält

98 Noch richtig § 103 Abs. 2 der ZPO von 1930; vgl. dazu auch Staub 11.

99 Ebenso St. Gallen ZPO 399; dazu BGE 87 I 59 f.

100 ZPO 20, 78, 145; OGE 18.3.1952.

101 BGE 98 Ia 668 Erw. 2, 87 I 59 f.

102 ZR 60 Nr. 80.

103 PV 19.1.1968. Das gleiche Problem stellte sich auch für das Verhältnis St. Gallen–Zürich, SJZ 65 (1969), 29 Nr. 14.

104 Graubünden ZPO 238 Abs. 2.

insofern eine unglückliche Regelung, als er wohl innerkantonal die Zuständigkeit umfassend¹⁰⁵ ordnet, hingegen interkantonal lückenhaft ist, falls der andere Kanton den Gerichtsstand am Ort der Beweiserhebung vorsieht.

2. Gesuch¹⁰⁶

Das Gesuch ist an keine bestimmte Form gebunden ausser bei der vorläufigen Zeugeneinvernahme, bei der das Gesetz ein Begehren im Doppel in deutscher und nötigenfalls auch in der Sprache der einvernehmenden Behörde verlangt¹⁰⁷. Es kann vor und während der Rechtshängigkeit eines Prozesses gestellt werden¹⁰⁸. Aktivlegitimiert sind sowohl der Kläger als auch der Beklagte. An den Inhalt dürfen in Anbetracht des nachfolgenden Parteivorstandes keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden. Immerhin drängt sich die Bezeichnung der Gegenpartei, des sicherzustellenden Beweises und der zu beweisenden Tatsache auf, vor allem bei akuter Gefahr, da der Gerichtspräsident nach Art. 100 ZPO auch superprovisorische Weisungen erlassen kann.

3. Verfahren

Die vorsorgliche Beweisabnahme richtet sich gemäss Art. 104 ZPO nach den Vorschriften über die Einvernahme von Zeugen, Vornahme von Augenscheinen und Einholung von Expertisen. Die Sicherstellung des Beweises im Lande nimmt der Gerichtspräsident unter Mithilfe des Gerichtsschreibers vor¹⁰⁹. Beide Parteien haben das Recht, an der vorsorglichen Beweissicherung teilzunehmen¹¹⁰. Wenn es die Rücksicht auf Zeugen gebietet, kann der Richter sie allerdings von der Teilnahme ausschliessen¹¹¹.

Neben dem Anspruch auf Teilnahme an der Beweisabnahme steht der Gegenpartei im Glarner Zivilprozess das Recht zu, sich vor dem Entscheid über die An-

105 Der ganze Kt. Glarus bildet einen einzigen Gerichtskreis.

106 Das Gesuch um vorsorgliche Beweisaufnahme unterbricht die Verjährungsfristen nicht, BGE 93 II 503, Rechenschaftsbericht des Obergerichtes Zug 1975/76, 57 ff., SJZ 68 (1972), 96 Nr. 34.

107 ZPO 96, 103 Abs. 1, 108 Abs. 1.

108 Die vorsorgliche Beweisaufnahme ist selbstverständlich auch für das bevorstehende Appellationsverfahren möglich, vgl. ZPO 312; OGP 17.12.1973.

109 ZPO 105 Abs. 1.

110 ZPO 105 Abs. 2, 193, 200 Abs. 2, 205 f.; vgl. auch PV 27.5.1974, 19.3.1973, 6.4.1971 sowie BGE 91 I 92.

111 ZPO 105 Abs. 2. Nach § 101 Abs. 2 der ZPO von 1930 war dies der Fall, wenn kranke Zeugen einvernommen werden mussten.

ordnung der Sicherstellung zu äussern¹¹². Wenn Gefahr im Verzuge ist, kann jedoch der Gerichtspräsident gestützt auf Art. 100 ZPO auf die vorherige Anhörung verzichten. Art. 106 ZPO räumt dem Gesuchsgegner ferner das Recht ein, Einwendungen gegen die Zulässigkeit des gestellten Begehrens, der Zeugen und Zeugenansinnen vorzubringen sowie Gegenfragen zu stellen. Allerdings bezieht sich dieses Recht nach dem Text von Art. 106 ZPO nur auf die vorläufige Zeugeneinvernahme. Es kann aber kein Zweifel bestehen, dass die Gegenpartei diese Befugnisse bei jeder vorsorglichen Beweisaufnahme besitzt.

4. Kosten

Die Kosten der Beweissicherung hat zunächst der Gesuchsteller zu tragen¹¹³. Er ist auch kostenvorschusspflichtig, wobei die Praxis bei Nichtleistung des Vorschusses Verzicht auf Sicherstellung des Beweises annimmt¹¹⁴. Grundsätzlich muss immer der Gesuchsteller die Kosten endgültig übernehmen. Dies ist der Fall, wenn es überhaupt nicht zum Prozess kommt oder das Gericht den sichergestellten Beweis nicht berücksichtigt. Wenn jedoch das urteilende Gericht auf die vorläufige Beweisabnahme abstellt, zählen die Kosten zu den rechtlichen Kosten¹¹⁵, für deren Tragung der Prozessausgang entscheidend ist.

E Die Bedeutung des sichergestellten Beweises im Prozess

Beide Parteien können sich im Prozess auf den sichergestellten Beweis berufen. Dazu müssen sie ihn aber rechtzeitig geltend machen¹¹⁶. Des weitern bleiben der Gegenpartei im Prozess alle Einwendungen gegen den vorsorglich abgenommenen Beweis offen¹¹⁷. Dem Gericht der Hauptsache steht die freie Beweiswürdigung auch hinsichtlich des gesicherten Beweises zu¹¹⁸. Eine neuerliche Beweisabnahme

112 ZPO 98, 106. In der Praxis geschieht dies oft auf telephonischem oder schriftlichem Wege, vgl. PV 30.6.1977, 8.10.1976, 12.5.1970. Im Thurgauer und Zürcher Zivilprozess findet vor der Anordnung der vorsorglichen Beweisaufnahme in der Regel keine Anhörung des Gesuchsgegners statt, SJZ 68 (1972), 348 Nr. 210 bzw. Zürich ZPO 233 Abs. 1.

113 ZPO 110 Abs. 1.

114 AGE 13.3./18.4.1974, PV 8.10.1976, 2.4.1976, 27.5.1974.

115 ZPO 110 Abs. 2.

116 Spillmann 85 f., Schläfli a.a.O. 100 ff.

117 AGE 15.2.1956, Eichenberger 202, Spillmann 85. Vgl. ferner § 103 Abs. 2 der ZPO von 1930.

118 BGE 96 II 269, AGE 15.2.1956; Eichenberger 199, Schläfli a.a.O. 73 f., Spillmann 79 f.

bleibt dem urteilenden Gericht aber als Ausdruck des Unmittelbarkeitsprinzips vorbehalten¹¹⁹.

§ 39 Die Edition von Urkunden¹ im besonderen²

I Zweck und rechtliche Natur der Editionsspflicht

Urkunden sind ein häufig benütztes Beweismittel. Sie befinden sich üblicherweise in der Hand der beweisführenden Partei. Für den Fall, dass die Urkunden im Gewahrsam des Prozesswidersachers oder eines Dritten sein sollten, sieht das Zivilprozessrecht für die Parteien das Editionsbegehren vor, mit dem die Vorlegung der Urkunden vor Gericht erzwungen werden kann. Die Edition von Urkunden bezweckt demnach die Vorlegung von Urkunden, welche sich nicht im Besitze der gesuchstellenden Partei befinden, in der Gerichtskanzlei zum Zwecke der Beweisführung. Da die Edition der Beweisführung dient, ist sie sowohl im ordentlichen und beschleunigten als auch im summarischen³ Verfahren zulässig.

Die Pflicht des Gegners oder des Dritten zur Edition von Urkunden stellt eine öffentlichrechtliche Pflicht dar⁴. Vorausgesetzt ist nicht eine Beziehung zum materiellen Recht, Parteien und Dritte trifft diese Pflicht vielmehr ganz allgemein wie die Zeugnispflicht. Die prozessuale Editionsspflicht ist daher genau auseinanderzuhalten von der privatrechtlichen Pflicht zur Vorlegung von Sachen. Während diese der Information des Gesuchstellers dient und deswegen nicht im Zusammenhang mit einem gegenwärtigen oder zukünftigen Rechtsstreit stehen muss, ist jene ein prozessrechtliches Institut zum Zwecke der Beweisführung und muss daher notwendigerweise mit einem Prozess verbunden sein⁵.

119 Eichenberger 202, Kummer 183, Spillmann 85, Schläfli a.a.O. 102 f., a.M. Raschle a.a.O. 228.

1 Zum Begriff der Urkunde vgl. Guldener 350, Habscheid 410, Kummer 130, Walder 331.

2 Die Edition von Urkunden ist an drei verschiedenen Orten geregelt, nämlich bei der Niederlegung der Urkunden in die Kanzlei (ZPO 90 f., 94), bei den richterlichen Weisungen (ZPO 97 Abs. 1 Ziff. 4) und beim Beweis (ZPO 167–170).

3 PV 2.3.1973.

4 ZGE 16.1.1930; Keller 9, Kummer 131.

5 Weitere Ausführungen zur Abgrenzung der prozessualen Editionsspflicht von der ausserprozessualen vorne § 34 II E 2.

II Die Editionspflichtigen

A Prozessgegner

Editionspflichtig sind einmal nach Art. 167 ZPO die Prozessparteien. Kläger oder Beklagter sind bei Vorliegen der Voraussetzungen zur Edition verpflichtet, sofern ihr Widersacher ein entsprechendes Begehren stellt. Als Prozessgegner ist diejenige Person anzusehen, die im Zeitpunkt des Editionsbegehrens Kläger bzw. Beklagter ist. Ebenfalls zu den Prozessgegnern zählen die Nebenparteien⁶. Die Editionspflicht der ausserhalb des Prozesskantons wohnhaften Parteien richtet sich nach den Vorschriften der Prozessordnung des urteilenden Gerichtes und nicht etwa nach dem Recht des Wohnsitzkantons⁷.

B Dritte

Auch Dritte, die mit dem Prozess an und für sich nichts zu tun haben, fallen nach Art. 170 ZPO unter die Editionspflichtigen. Sofern die zu edierende Urkunde in ihrem Besitz ist, trifft Dritte analog der Zeugnispflicht eine öffentlichrechtliche Editionspflicht. Um der Wahrheit und dem Recht zum Durchbruch zu verhelfen, dürfen auch unbeteiligten Dritten Pflichten auferlegt werden, sofern diese nicht in allzu starker Weise in deren Interessen eingreifen. Als Dritter ist jedermann anzusehen, der nicht als Partei am Prozess beteiligt ist. Im interkantonalen Verhältnis bestimmt sich die Vorlegungspflicht nach dem Recht des Dritten, nicht etwa nach dem des Prozessgerichtes⁸.

C Staatliche Behörden im speziellen

Keine besondere Stellung kommt den staatlichen Behörden zu, wenn sie als Privatrechtssubjekt auftreten. Sie unterliegen diesfalls der unbeschränkten Editionsspflicht⁹. Probleme stellen sich erst, wenn der Staat nicht selbst Partei ist und als Träger hoheitlicher Gewalt auftritt.

⁶ Ammann 36.

⁷ Unveröffentlichter BGE vom 24.9.1952 i.S. Bürgisser u. Co. gegen Müller und Zivilgerichtspräsident von Glarus, BGE 47 I 93 f.; Leuch N. 1 zu Art. 235 ZPO.

⁸ BGE 82 II 565, unveröffentlichter BGE vom 24.9.1952 i.S. Bürgisser u. Co. gegen Müller und Zivilgerichtspräsident von Glarus, BGE 47 I 94 f., ZR 77 Nr. 84; Guldener, Internationales Zivilprozessrecht 21 f., Lutz N. 6 zu Art. 234 ZPO.

⁹ Eichenberger 179, Kehl, Aktenedition 29 ff., Keller 21, Spillmann 98. Ausdrücklich statuiert dies Graubünden ZPO 192 1. Satz ("Urkunden öffentlicher Verwaltungen über von diesen abgeschlossene Privatrechtsgeschäfte unterliegen der Editionspflicht.").

1. Verwaltungsbehörden¹⁰

a) Grundsatz

Die Zivilprozessordnung statuiert wohl eine generelle Editionsspflicht für Dritte, ohne jedoch näher zu umschreiben, wer damit gemeint ist. Nach unbestrittener Auffassung sind jedoch die allgemeinen zivilprozessualen Bestimmungen über die Urkundenedition Dritter für Verwaltungsstellen nicht verbindlich. Ob und in welchem Umfange amtliche Akten an Gerichte herauszugeben sind, bestimmen nach dem Grundsatz der Gewaltentrennung bei Fehlen entsprechender gesetzlicher Regeln allein die Verwaltungsbehörden¹¹. Die Gerichte können mit anderen Worten mangels gesetzlicher Grundlage die Verwaltungsstellen nicht zur Edition verpflichten. Da auch im Glarner Recht entsprechende Vorschriften nicht vorhanden sind, entscheiden letztlich die Verwaltungsbehörden alleine, ob sie einem Editions gesuch stattgeben wollen.

Immerhin sei in diesem Zusammenhang auf Art. 27 des Gesetzes über die Behörden und Beamten hingewiesen¹². Dieser Artikel verpflichtet die Beamten und Angestellten zur Verschwiegenheit, macht aber gleichzeitig einen Vorbehalt für die Pflicht zur gerichtlichen Zeugenaussage. Anders ausgedrückt räumt das Beamten-gesetz der Zeugnispflicht den Vorrang gegenüber der Schweigepflicht ein. Dem Zweck von Art. 27 entsprechend muss m.E. über den eigentlichen Gesetzeswortlaut hinaus auch die Schweigepflicht hinter die Aktenedition zurücktreten. Wohl können die Gerichte nicht aufgrund von Art. 27 des Beamtengesetzes die Edition anordnen, da darüber die Verwaltungsbehörden alleine entscheiden, doch dürfen diese angesichts von Art. 27 die Edition nur aus schützenswerten Gründen verweigern, zumal die Gerichte ihrerseits wieder der Schweigepflicht unterstehen und auch den Parteien die Akteneinsicht verwehren¹³ können.

10 Ausführlich zu diesem Problem: Robert Kehl-Zeller, Die gegenseitige Akten-Editions pflicht der Verwaltungsbehörden und der Zivilgerichte im schweizerischen Recht, Zürich 1955, Guido Jörg, Innerkantonale Verwaltungshilfe den Gerichten gegenüber, Diss. Zürich 1958, H.R. Ganz, Zum Problem der Aktenedition von Verwaltungsbehörden an Gerichte, Zeitschrift für Vormundschafswesen 14. Jahrgang (1959) S. 1 ff., O.K. Kaufmann, Die Auskunftspflicht vormundschaflicher Organe, ZBl. 1945, 424 ff.

11 BGE 80 I 3 f., unveröffentlicher BGE vom 23.4.1945 i.S. Ortsgemeinde Bilten c. Land Glarus und Obergericht Glarus, BJM 1959, 215 ff., ZR 60 Nr. 72; Guldener 354, Hauser/Hauser 615, Keller 45, Sträuli/Messmer N. 9 zu § 184 ZPO.

12 Gesetz über die Behörden und Beamten des Kantons Glarus vom 5.5.1946 (GS II A/1/2).

13 ZPO 170 Abs. 2 in Verb. mit 168 Abs. 3; vgl. auch BGE 95 I 109.

b) *Steuerbehörden im besonderen*

Nach Art. 68 Abs. 2 des Steuergesetzes¹⁴ ist die Finanzdirektion befugt, "Verwaltungsbehörden und Gerichten Auskünfte aus den Steuerakten zu erteilen oder die Veranlagungsbehörden dazu zu ermächtigen, soweit die Bekanntgabe im öffentlichen Interesse oder in demjenigen der Rechtsprechung erforderlich ist." Die Edition an die Gerichte kommt demnach nur in Frage, wenn dies im Interesse der Rechtsprechung geboten ist. Dementsprechend hat vorher eine Abwägung zwischen Amtsgeheimnis und den Interessen der Rechtsprechung stattzufinden. Sofern die Interessen der Rechtspflege überwiegen, sollte die Finanzdirektion den Gerichtsbehörden die erforderlichen Auskünfte geben. Nach dem Wortlaut von Artikel 68 Abs. 2 des Steuergesetzes ist es aber letztlich der Finanzdirektion anheimgestellt, ob sie von ihren Befugnissen Gebrauch machen will.

2. Gerichte

Innerkantonale besteht für das Obergericht ein unbeschränktes Einsichtsrecht¹⁵. Gestützt darauf kann es die Edition von Akten unterer Gerichte verlangen. Über das Verhältnis gleichgeordneter Gerichte findet sich keine gesetzliche Regelung. Doch ist auch hier der Beizug der Akten durch ein anderes Gericht aufgrund der Rechtshilfepflicht zu gestatten.

Im interkantonalen Verhältnis sind die Gerichte infolge der Rechtshilfepflicht zur Edition an andere Gerichte verpflichtet, wenn eine vorher vorgenommene Interessenabwägung dem nicht entgegensteht¹⁶.

14 Gesetz über das Steuerwesen vom 10.5.1970 (GS VI C/1/1).

15 GO 23.

16 BGE 47 I 95, vgl. auch BGE 98 Ia 11; Kehl, Aktenedition 110 f., sowie ausführlich dazu Urs Maier, Die interkantonale Rechtshilfe im Beweisverfahren des Zivilprozesses mit Verweisungen auf Gegebenheiten im internationalen Bereich, Diss. Zürich 1971.

III *Materielle Voraussetzungen der Editionsspflicht*

A Bei Edition durch eine Prozesspartei

1. Dem Gesuchsteller gehörende Urkunden

Urkunden, die dem Gesuchsteller gehören, sich jedoch im Gewahrsam der Gegenpartei befinden, hat diese nach Art. 167 Ziff. 1 ZPO selbstredend vorzulegen. Massgebend ist hier das Eigentum an der fraglichen Urkunde sowie die Tatsache, dass das Editionsobjekt nicht in der Hand des Gesuchstellers ist. Keine Rolle spielt die Beweiseignung der vorzulegenden Urkunde, da der prozessrechtliche Anspruch mit dem materiellrechtlichen verknüpft ist.

2. Gemeinschaftliche Urkunden

Eine Vorlegungspflicht besteht des weiteren auch bei gemeinschaftlichen Urkunden. Gemeinschaftlich im Sinne von Art. 167 Ziff. 1 ZPO sind Urkunden, die im Miteigentum beider Prozessparteien stehen. Entscheidend sind die Eigentumsverhältnisse an der Urkunde, nicht etwa deren Inhalt. Zur Begründung dieser Ansicht ist von der Praxis zur ZPO von 1930 auszugehen. Das Obergericht¹⁷ hatte in einem Entscheid erklärt, der Begriff "gemeinschaftlich" stelle auf das Eigentum ab. Diese einschränkende Auslegung führte anlässlich der Ausarbeitung der heute in Kraft stehenden ZPO zur Ausdehnung der Editionsspflicht. Becker¹⁸ schrieb dazu folgendes: "Damit fällt eine allzu formalistische Voraussetzung der Aktenedition weg. (Beweis des Allein- oder des gemeinschaftlichen Eigentums an einer Urkunde)." Becker verzichtete deshalb in seinem Entwurf auf die alte Formulierung. In der endgültigen Fassung der neuen ZPO taucht das Wort "gemeinschaftlich" jedoch wieder auf. Der Gesetzgeber von 1965 dachte dabei wiederum nur an Urkunden, die im Miteigentum stehen, denn er führte im Landsgemeindememorial¹⁹ aus, die Editionsspflicht sei gegenüber dem bisherigen Recht lediglich in Art. 167 Ziff. 3 ZPO erweitert. Nach dem eindeutigen Willen des Gesetzgebers ist deshalb das Wort "gemeinschaftlich" dem Miteigentum an der Urkunde gleichzusetzen.

Es fragt sich, ob man bei der Auslegung des Ausdruckes "gemeinschaftlich" nicht auf den Inhalt der Urkunde abstellen müsse. In einem Entscheid zur ZPO von 1930 hat jedenfalls das Bundesgericht²⁰ den umstrittenen Begriff in extensivem

17 OGE 10.1.1945.

18 S. 59.

19 Landsgemeindememorial 1965, 57.

20 Unveröffentlichter BGE vom 23.4.1945 i.S. Ortsgemeinde Bilten c. Land Glarus und Obergericht Glarus.

Sinne ausgelegt. Auch die herrschende Auffassung²¹ bezieht die Gemeinschaftlichkeit auf den Inhalt der Urkunde. Der Streitfrage kommt jedoch für das geltende Recht keine Bedeutung mehr zu, da in Art. 167 Ziff. 3 ZPO eine umfassende, allgemeine Editionsspflicht statuiert ist.

3. Editionsspflicht gemäss Art. 963 OR

a) *Allgemeines*

Die Regelung der Urkundenedition im Prozess ist Sache des kantonalen Gesetzgebers. Eine einzige Ausnahme durchbricht diesen Grundsatz. Der Bundesgesetzgeber hat in Art. 963 OR die Edition von Geschäftsbüchern geregelt. Trotz ihrer Stellung im materiellen Recht handelt es sich um eine prozessuale Editionsspflicht, nicht etwa um eine materiellrechtliche Vorlegungspflicht²². Im Rahmen der Revision einiger Vorschriften über die kaufmännische Buchführung ist auch Art. 963 OR formell bereinigt worden, ohne dass inhaltlich am bisherigen Zustand etwas geändert werden sollte²³. Neu enthält Art. 963 OR einen zweiten Absatz, welcher die Form der Vorlegung von Aufzeichnungen regelt.

b) *Verhältnis zur kantonalrechtlichen Edition*

Art. 963 OR ist als Mindestumfang der Editionsspflicht aufzufassen, der vom kantonalen Richter im Prozessverfahren zu respektieren ist²⁴. Die Kantone dürfen aber die Edition umfassender ausgestalten, so dass beispielsweise auch Bücher zu edieren sind, die nicht von der Buchführungspflicht erfasst werden. Die in Art. 963 OR geregelte Editionsspflicht geht den kantonalen Normen nur insoweit vor, als sich dies aus dem Wortlaut von Art. 963 OR sinngemäss ergibt²⁵. Sofern eine buchführungspflichtige Person nicht aufgrund von Art. 963 OR zur Vorlegung verpflichtet werden kann, etwa weil der Rechtsstreit nicht das Geschäft betrifft, kann immer noch eine Editionsspflicht gestützt auf Art. 167 Abs. 1 oder 3 ZPO in Frage kommen, da sich die Vorlegungspflicht von Buchführungspflichtigen nicht nur nach Art. 963 OR richtet²⁶. Die gegenteilige Ansicht käme einer vom Gesetzgeber sicher nicht gewollten Privilegierung des Buchführungspflichtigen gegenüber dem Nichtbuchführungspflichtigen gleich.

21 ZR 75 Nr. 77; Ammann 27, Kaufmann 18, Keller 11, Josef Kohler, Zur Editionslehre, Archiv für die Civilistische Praxis, 79. Bd., 12.

22 BGE 93 II 62 Erw. 2, 71 II 244.

23 Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Änderung des Schweizerischen Obligationenrechts vom 7.5.1975, BBl. 1975 I 1794.

24 Dazu SJZ 44 (1948), 294 Nr. 97.

25 His N. 2 zu Art. 963 OR.

26 His N. 2 zu Art. 963 OR, Hürlimann 93, Kaufmann 20, Walder 336 insbes. Anm. 76, a.A.

c) *Voraussetzungen*

aa) *Hinsichtlich der editionspflichtigen Person*

Editionspflichtig nach Art. 963 OR sind nur Personen, die nach dem Obligationenrecht zur Buchführung angehalten sind. Andernfalls kommt eine Vorlegung von Geschäftsbüchern etc. nur in Betracht, wenn dies gestützt auf die kantonalen Editionsnormen möglich ist.

bb) *Streitigkeiten, die das Geschäft betreffen*

Vorausgesetzt sind prozessuale, nicht ausserprozessuale Streitigkeiten. Die Editionsspflicht gemäss Art. 963 OR besteht daher nur in Zusammenhang mit einem bereits rechtshängigen Prozess²⁷. Ausserhalb eines Prozesses kommt die Edition nur gestützt auf eine privatrechtliche Vorlegungspflicht in Frage.

Nach Auffassung des Bundesgerichtes²⁸ beschränkt sich die obligationenrechtliche Editionsspflicht auf Streitigkeiten, welche die Unternehmung als solche betreffen, nicht aber das einzelne vom Inhaber abgeschlossene Rechtsgeschäft. Weiter geht ein Entscheid des Zürcher Kassationsgerichts²⁹, der mit Streitigkeiten im Sinne von Art. 963 OR Auseinandersetzungen über Rechtsgeschäfte versteht, "die der Geschäftsinhaber abgeschlossen hat bzw. abgeschlossen haben soll, mag er Partei sein oder nicht."

Verschiedene Autoren³⁰ befürworten ebenfalls eine extensive Auslegung des Begriffes "Geschäft". Die Frage muss für den Glarner Zivilprozess nicht abschliessend beantwortet werden, da bei restriktiver Auslegung des umstrittenen Begriffes eine Vorlegungspflicht gestützt auf Art. 167 Ziff. 3 ZPO in Frage kommen kann³¹.

anscheinend Sträuli/Messmer N. 2 zu § 184 ZPO. Dies geht auch aus dem Zweck von OR 963 hervor, der die Wirksamkeit der Buchführungspflicht garantieren soll. Zur Zeit der Entstehung dieses Artikels gab es nämlich Kantone mit ungenügend ausgestalteten Editions-pflichten, so dass der Bundesgesetzgeber den Mindestumfang festlegen musste, BGE 55 II 206 f.

27 BGE 55 II 207, ZR 47 Nr. 61, PV 17.5./1.11.1968; His N. 12 zu Art. 963 OR, Hürlimann 93, Kaufmann 20.

28 BGE 73 I 359.

29 ZR 67 Nr. 56. Die gegen diesen Entscheid gerichtete staatsrechtliche Beschwerde hat das Bundesgericht im unveröffentlichten Entscheid vom 28.2.1968 i.S. Fischer c. Egli, Fischer & Co. AG (abgedruckt in ZR 67 Nr. 56) abgewiesen, u.a. mit der Begründung, das Kassationsgericht habe ohne Verletzung von BV 4 annehmen dürfen, "die aus Art. 963 OR folgende Editions-pflicht sei nicht, oder doch noch nicht derart abgeklärt, dass der kantonale Entscheid [der eine intensivere Auffassung vertritt als das Bundesgericht im Entscheid 73 I 359] im Sinne von § 344 Ziff. 9 zürch. ZPO mit einer klaren gesetzlichen Bestimmung in Widerspruch steht."

30 Keller 15, Schluep 111 f.

31 Ebenso für den Zürcher Zivilprozess Walder 336 Bsp. 142.

cc) Hinsichtlich der Vorlegungsobjekte

Nach Art. 963 Abs. 1 OR sind Geschäftsbücher, Geschäftskorrespondenzen und Buchungsbelege Gegenstand der Vorlegung. Darunter fallen auch fakultative Hilfsbücher, Notizhefte, Kundenlisten etc.³².

Nach Art. 963 Abs. 2 OR sind auch Aufzeichnungen auf Bild- oder Datenträgern zulässige Editionsobjekte. Diese Aufzeichnungen sind so vorzulegen, dass sie ohne Hilfsmittel lesbar sind. Der Zweck von Absatz 2, der seit der Revision³³ vom 19. Dezember 1975 im Gesetz enthalten ist, besteht darin, nicht nur Originalen, sondern auch Aufzeichnungen Beweiswert zukommen zu lassen. Da die einzelnen kantonalen Prozessordnungen unterschiedliche Regelungen hinsichtlich der Zulässigkeit von Kopien aufweisen, schien es dem Bundesgesetzgeber angebracht, diese Frage selber zu regeln, damit ein Editionspflichtiger, der nur noch Aufzeichnungen, nicht jedoch die Originale vorweisen kann, keine unliebsamen prozessualen Nachteile in Kauf nehmen muss. Zugleich billigt dieser neue Absatz den Aufzeichnungen die gleiche Beweiskraft zu wie den Originalen. Im übrigen bleibt dem Richter nach dem Willen des Gesetzgebers die freie Beweiswürdigung vorbehalten. Auf Aufzeichnungen treffen deshalb Beweisregeln, wie sie einzelne Prozessordnungen zugunsten der Urkunden vorsehen oder wie sie Art. 9 ZGB enthält, nicht zu. Welche Objekte als Aufzeichnungen zu gelten haben, bestimmt sich nach Art. 962 OR. Da es sich um lesbare Aufzeichnungen handeln muss, sind dem Richter Ausdrucke oder Rückvergrößerungen zu edieren. Dem Richter bleibt es aber unbenommen, die Datenträger selber zu verlangen und im Bedarfsfall durch einen Sachverständigen untersuchen zu lassen.

dd) Schutzwürdiges Interesse

Der revidierte Art. 963 Abs. 1 OR spricht nicht mehr von einem berechtigten Interesse, sondern er verlangt ein schutzwürdiges Interesse. Ein solches stellt das Beweisinteresse dar³⁴. Mit dem Erfordernis des schutzwürdigen Interesses will das Gesetz verhindern, dass sich der Gesuchsteller unerlaubte Einsicht in die Geschäftsbücher verschaffen kann.

³² ZR 68 Nr. 113; His N. 26 zu Art. 963 OR.

³³ Die nachfolgenden Ausführungen stützen sich auf die Botschaft des Bundesrates (zit. vorn Anm. 23) 1786 ff.

³⁴ Keller 15.

ee) Beweisnotwendigkeit

Eine letzte Voraussetzung besteht darin, dass die Urkunden für die Beweisführung als notwendig erscheinen müssen. Auch diese Voraussetzung dient als Schranke gegen unerlaubte Einsicht in Geschäftsbücher. Ob die Urkunden für den Beweis notwendig sind, entscheidet der Richter nach freiem Ermessen³⁵. Selbst ohne Antrag einer Partei ist der Richter berechtigt, die Vorlegung der Urkunden zu verlangen³⁶.

d) Sanktionen bei ungerechtfertigter Verweigerung der Edition

Da der Bundesgesetzgeber darauf verzichtet hat, Sanktionen bei ungerechtfertigter Verweigerung der Edition vorzusehen, bestimmen sich die prozessualen Nachteile nach dem kantonalen Recht³⁷.

4. Generalklausel von Art. 167 Ziff. 3 ZPO

Nach Art. 167 Ziff. 3 ZPO besteht sodann eine Editonspflicht, "wenn sich die Urkunde sonst auf den Prozess bezieht." Dieser Passus stellt die Ausdehnung der Vorlegungspflicht gegenüber dem bisherigen Recht dar. Nach dem Wortlaut handelt es sich um eine allgemeine Editionsspflicht³⁸. Sie kommt nach Art. 90 ZPO zum Tragen, sobald der Vorlegungspflichtige die Urkunde besitzt und diese für den Ausgang des Prozesses Bedeutung haben kann. Von der Vorlegung ausgeschlossen sind somit Urkunden, die auf unbestrittene oder gerichtsnotorische Tatsachen Bezug nehmen. Bedeutung für den Ausgang des Prozesses besitzt jede Urkunde, die geeignet ist, strittige und erhebliche Tatsachen aufzuklären³⁹. Ob die Urkunde schliesslich entscheidenden Beweiswert besitzt, ist nicht im Editionsverfahren, sondern vom Richter in der Hauptsache selbst festzustellen⁴⁰.

Dass sich die Urkunde auf den Prozess beziehen muss, bedeutet nicht, in der Urkunde müsse vom Rechtsstreit die Rede sein, sondern der Inhalt der Urkunde

35 His N. 18 zu Art. 963 OR, Keller 16.

36 His N. 7 zu Art. 963 OR, Hürlimann 93, Keller 16.

37 His N. 33 zu Art. 963 OR, Keller 16.

38 So schon ZGE 16.1.1930 für den ähnlich formulierten § 181 Abs. 1 Ziff. 2 der ZPO von 1895 ("dass die Urkunde sich auf den Prozess beziehe"). Die allgemeine Editionsspflicht stellt heute die Regel dar, vgl. z.B. Gaubünden ZPO 191, Solothurn ZPO 165 Abs. 1, 166 Abs. 1, St. Gallen ZPO 232, 234, Uri ZPO 182 f., Zürich ZPO 183 Abs. 1, 184 Abs. 1, Zug ZPO 161. Eine beschränkte Editionspflicht kennt Schaffhausen ZPO 230 ("Die Pflicht zur Vorlegung von Urkunden bestimmt sich nach den Vorschriften des Privatrechtes").

39 Schluep 111.

40 Eichenberger 175, Schluep 111.

muss auf die umstrittenen Tatsachen Bezug nehmen. Da nach Art. 90 ZPO die Urkunde auch noch für den Entscheid des Prozesses erheblich sein muss, erfährt die allgemeine Editionsspflicht die erwünschten Einschränkungen, damit der Gesuchsteller durch die Vorlegung nicht zu ungerechtfertigten Einblicken in die Urkunden des Gegners kommt. Das Interesse des die Edition Begehrenden muss somit in einem Beweisinteresse bestehen⁴¹.

B Bei Edition durch Dritte

Die soeben besprochenen Voraussetzungen treffen nach Art. 170 Abs. 1 ZPO auch auf Dritte⁴² zu. Die am Prozess Unbeteiligten sind deshalb grundsätzlich in gleichem Umfange editionspflichtig wie die Parteien. Dem ist allerdings eine Einschränkung beizufügen. Für Dritte, die ausserhalb des Prozesskantons wohnen, bestimmt sich das Ausmass der Editionsspflicht nach dem Recht des Wohnsitzkantons, so dass unter Umständen ein auswärts wohnhafter Dritter nicht im gleichen Umfange edieren muss wie ein im Kt. Glarus sesshafter Dritter⁴³.

IV Editionsverweigerungsgründe

A Gefährdung in den persönlichen oder vermögensrechtlichen Verhältnissen

Im Zivilprozess streben die Parteien ein materiell gerechtes Urteil an, was eine umfassende Abklärung des Sachverhaltes bedingt. Dabei kann es zum Konflikt mit der Geheim- oder Intimsphäre⁴⁴ eines Beteiligten kommen. Es stellt sich die Frage, wie weit ein Eingriff in die Persönlichkeit um der Wahrheit willen statthaft ist. Es ist nun allgemein anerkannt, dass der Persönlichkeitsschutz im Sinne von Art. 28 ZGB auch im Zivilprozessverfahren zum Tragen kommt⁴⁵. Für die Urkundenedition bedeutet dies, dass bei einem allzu starken Eingriff in die Persönlichkeit die Vorlegungspflicht entfällt.

Den Schutz der Geheimsphäre hat der Gesetzgeber in den Artikeln 167 Ziff. 3 und 170 Abs. 1 ZPO berücksichtigt. Nach diesen Vorschriften hat eine Edition zu unterbleiben, wenn sie den Urkundeninhaber oder andere Personen in den persön-

41 Keller 12.

42 Auch der Buchführungspflichtige als Dritter kann aufgrund von OR 963 editionspflichtig sein, BGE 73 I 358 ff., 71 II 244.

43 Vorne II B dieses Paragraphen.

44 Dazu BGE 97 II 100 Erw. 3.

45 Landgemeindememorial 1965, 57; ZR 75 Nr. 77; Keller 17, Schluep 112, sowie ausführlich Reinhard W. von Meiss, Die persönliche Geheimsphäre und deren Schutz im prozessualen Verfahren, Diss. Zürich 1975.

lichen und vermögensrechtlichen Verhältnissen gefährdet. Geschützt ist nicht nur die Persönlichkeit des Urkundeninhabers, sondern auch diejenige von Unbeteiligten. Der Editionsbeklagte kann sich auch auf solche Drittinteressen berufen; ja es liegt sogar an ihm, diese wahrzunehmen⁴⁶. Nach dem Wortlaut des Gesetzes sind nur die Interessen solcher Personen geschützt, gegenüber denen der Urkundeninhaber nicht als Zeuge auftreten müsste⁴⁷. Über den eigentlichen Wortlaut hinaus ist aber anzunehmen, dass ganz allgemein bei überwiegenden Drittinteressen eine Edition nicht in Betracht kommt. Sofern nämlich eine Interessenabwägung einen unzumutbaren Eingriff in die Persönlichkeit ergeben sollte, der vor Art. 28 ZGB nicht standzuhalten vermag⁴⁸, darf unabhängig von einem allfälligen Zeugnisverweigerungsrecht die Edition nicht angeordnet werden.

Auf die Gefährdung in den eigenen oder fremden persönlichen und vermögensrechtlichen Verhältnissen kann sich jeder Urkundenbesitzer berufen, sei er Prozesspartei oder Dritter⁴⁹. Wann eine solche Gefährdung vorliegt, hängt von den konkreten Umständen ab. Eine Gefährdung ist immer anzunehmen, wenn der Schutz der Persönlichkeit das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt. Für die Verneinung der Editionsspflicht eines Dritten genügt es, wenn diesem Schaden droht⁵⁰, da der Gesetzgeber in Art. 170 Abs. 1 ZPO bewusst auf die Wendung "in unbilliger Weise" verzichtet hat. Vorlegungspflichtige Dritte müssen sich einen geringeren Eingriff in ihre Geheimosphäre gefallen lassen als Prozessparteien, da bei der Edition durch eine Prozesspartei Art. 167 Ziff. 3 ZPO eine Gefährdung in unbilliger Weise verlangt⁵¹. Vorab hier hat zuerst eine Interessenabwägung zu erfolgen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Richter die Möglichkeit hat, nach Anhören der belangten Partei die Urkunde selber einzusehen, damit einen Sachverständigen zu betrauen oder auf die belobigten Aussagen des Editionsbeklagten abzustellen⁵². Der Richter entscheidet auch, in welchem Umfange eine Urkunde vorzulegen ist oder welche Teile der Urkunde der Einsicht des Editionsklägers unzugänglich zu machen sind⁵³. Diese richterlichen Befugnisse sind für jene Fälle gedacht, in denen sich eine vollumfängliche Verneinung der Edition nicht rechtfertigt, aber doch bestimmte Vorsichtsmassnahmen am Platze sind. Bei Amts- oder

46 Kaufmann 37.

47 ZPO 167 Ziff. 3, 170 Abs. 1.

48 Ein Eingriff in das Persönlichkeitsrecht ist nach BGE 101 II 197 "über den Bereich der traditionellen Rechtfertigungsgründe hinaus immer dann als rechtmässig zu betrachten, wenn er in angemessener Wahrung höherer Interessen erfolgt. Der Entscheid über die Widerrechtlichkeit hängt somit weitgehend von einer Abwägung der einander gegenüberstehenden Güter oder Interessen ab." Widerrechtlich ist der Eingriff demnach, wenn man sich "nicht auf ein dem Geheimhaltungsinteresse entgegenstehendes, höher zu bewertendes Interesse oder auf einen andern Rechtfertigungsgrund zu berufen vermag", BGE 97 II 104.

49 ZPO 167 Ziff. 3, 170 Abs. 1.

50 Landsgemeindememorial 1965, 57.

51 Landsgemeindememorial 1965, 57.

52 ZPO 168 Abs. 3.

53 ZPO 168 Abs. 4.

Berufsgeheimnissen besteht aber auch für den Richter kein Einsichtsrecht⁵⁴. Dieses ist immer zu verneinen, wenn eine Tatsache auch vor dem Richter geheimgehalten werden soll.

Das Gesetz nennt die Gefährdung als Editionsverweigerungsgrund nur bei der allgemeinen Vorlegungspflicht⁵⁵. Im Falle von Eigentum oder Miteigentum und Art. 963 OR ist die Gefährdung nicht erwähnt. Bei Vorlegung durch eine Prozesspartei gestützt auf Eigentum oder Miteigentum dürfte eine Gefährdung kaum in Frage kommen, da infolge der Eigentumsverhältnisse ein Geheimnis kaum denkbar ist. Sofern ein Dritter kraft Eigentums oder Miteigentums edieren sollte, ist es denkbar, dass eine Tatsache der Gegenpartei des Editionsbegehrenden verschwiegen werden soll. In diesem Fall ist eine Weigerung gestützt auf Art. 28 ZGB durchaus möglich. Für die Edition nach Art. 963 OR hat der Bundesgesetzgeber selbst schon Schranken gesetzt⁵⁶. Da nach Art. 963 OR ein schutzwürdiges Interesse, Beweisnotwendigkeit und Streitigkeiten, welche das Geschäft betreffen, erforderlich sind, genügen das Einsichtsrecht des Richters und die Beschränkung der Edition auf die notwendigen Teile vollauf für den Schutz des Buchführungspflichtigen, zumal der Gesetzgeber mit der Statuierung der Buchführungspflicht eine gewisse Transparenz erreichen und namentlich auch die Interessen Aussenstehender⁵⁷, die mit der buchführungspflichtigen Unternehmung Geschäfte tätigen, schützen wollte.

B Analoge Anwendung des Zeugnisverweigerungsrechtes

In Lehre und Praxis ist es unbestritten, dass an und für sich editionspflichtige Dritte die Urkunde nicht vorlegen müssen, wenn sie über deren Inhalt als Zeugen die Aussage verweigern dürfen. Hauser⁵⁸ begründet dies zutreffend mit folgenden Worten: "Was der Mund nicht zu offenbaren braucht, soll auch die Hand nicht preisgeben müssen." Dies gilt selbst dort, wo eine analoge Anwendung des Zeugnisverweigerungsrechts dem Gesetz nicht ausdrücklich entnommen werden kann⁵⁹.

Sowohl Art. 167 Ziff. 3 ZPO als auch Art. 170 Abs. 1 ZPO enthalten einen Hinweis auf das Zeugnisverweigerungsrecht. Parteien und Dritte müssen nach diesen

54 Lutz N. 1 zu Art. 236 ZPO.

55 ZPO 167 Ziff. 3, 170 Abs. 1.

56 His N. 11 ff. zu Art. 963 OR.

57 Karl Kafer, Berner Kommentar, Band VIII, 2. Abt.: Die kaufmännische Buchführung, 1. Lieferung: Grundlagen und Kommentar zu Art. 957 OR, Bern 1976, N. 6.7 Grundlagen.

58 Robert Hauser, Der Zeugenbeweis im Strafprozess mit Berücksichtigung des Zivilprozesses (Zürcher Schriften zum Verfahrensrecht Band 5), Zürich 1974, 257.

59 BGE 80 I 3, 71 IV 175; Habscheid 413, Hauser a.a.O. 257 f. und dort zitierte Judikatur und Literatur, Keller 20 f., Lutz N. 1 zu Art. 234 ZPO, Sträuli/Messmer N. 3 zu § 184 ZPO; vgl. auch Landgemeindememorial 1965, 57 ("Im Falle Dritter geht die Auffassung allgemein dahin, dass sie weder eine Urkunde einzulegen noch eine Zeugenaussage zu machen haben, wenn ihnen dies zum Schaden gereichen würde.").

beiden Vorschriften dann nicht edieren, wenn dies Personen, gegenüber welchen sie nicht als Zeugen aufzutreten haben, in den persönlichen oder vermögensrechtlichen Verhältnissen gefährdet. Selbst eine Prozesspartei kann sich demnach in bestimmtem Umfange auf das Zeugnisverweigerungsrecht berufen. Für vorlegungspflichtige Dritte ist aber der Wortlaut von Art. 170 Abs. 1 ZPO zu eng. Nach dem oben erwähnten Grundsatz entfällt eine Editionsspflicht Dritter immer dann, wenn sich diese auf einen Zeugnisverweigerungsgrund berufen können.

V Editionsverfahren

A Form und Inhalt des Editionsbegehrens

Wie alle Anträge auf richterliche Weisungen ist auch das Editionsbegehren an keine besondere Form gebunden⁶⁰. Was den Inhalt des Begehrens anbetrifft, schreibt das Gesetz nichts besonderes vor⁶¹. Es genügt daher, wenn der Gesuchsteller spätestens anlässlich des Vorstandes vor dem Gerichtspräsidenten die Urkunde näher bezeichnet. Für eine superprovisorische Weisung ist aber eine Spezifizierung unerlässlich, da der Richter die zu edierende Urkunde in der Weisung genau angeben muss.

B Zeitpunkt

1. Im erstinstanzlichen Verfahren

a) Grundsatz

Da im Glarner Zivilprozess der ganze Rechtsstreit üblicherweise an einem einzigen Gerichtstermin behandelt wird, müssen die Parteien ihre Urkunden spätestens 20 Tage vor der Hauptverhandlung in der Gerichtskanzlei auflegen, damit die Gegenpartei imstande ist, ihre Vorträge vorzubereiten⁶². Dementsprechend hat auch die Urkundenedition frühzeitig stattzufinden. Art. 91 ZPO schreibt nun vor, dass der Kläger einen Editionsantrag innert 14 Tagen seit der Anmeldung des Leitscheines beim Gericht, der Beklagte innert 14 Tagen seit der Mitteilung der Anmeldung des Leitscheines stellen muss. Bei Klagen, die ohne vorherige Vermittlung direkt beim Gericht eingeleitet werden, dürfte für den Fristbeginn in analoger Anwendung von Art. 91 ZPO das Datum der Einreichung bzw. Mitteilung des

⁶⁰ Vgl. ZPO 91, 96.

⁶¹ Vgl. ZPO 91, 96.

⁶² ZPO 88.

Rechtsbegehrens massgebend sein. Hält eine Partei diese Fristen nicht ein, so kommt eine Urkundenedition nur noch in Frage, wenn die Gegenpartei keine Einwendungen gegen das verspätete Begehren erhebt⁶³. Bei Einsprache des Editionsbeklagten bleibt dem Gesuchsteller nichts anderes übrig, als auf die betreffende Urkunde zu verzichten oder die Appellation gegen den Entscheid in der Hauptsache selbst zu ergreifen, um im Appellationsverfahren⁶⁴ den versäumten Editionsantrag nachzuholen.

b) Ausnahmen

Die strenge Eventualmaxime von Art. 91 ZPO findet keine Anwendung auf das Verfahren vor dem Zivilgerichtspräsidenten, das summarische Verfahren und die richterlichen Weisungen. In all diesen Fällen müssen die Parteien die Urkunden nicht vor der Verhandlung in der Gerichtskanzlei auflegen⁶⁵. Oft findet die Tagfahrt auch kurz nach Eingang des Rechtsbegehrens statt⁶⁶. Da besondere gesetzliche Vorschriften fehlen, ist anzunehmen, dass es genügt, wenn der Editionskläger seinen Antrag anlässlich der Verhandlung stellt, zu der die Urkunden mitzubringen sind.

Im beschleunigten Verfahren muss der Kläger allfällige Gesuche um richterliche Weisungen gleichzeitig mit der Einreichung des Leitscheines stellen, der Beklagte unmittelbar nach Empfang des Leitscheines⁶⁷. Später ist ein Begehren nur noch möglich, wenn erst der weitere Prozessverlauf Anlass dazu gibt⁶⁸.

Art. 91 ZPO gilt schliesslich auch nicht für den Beizug von Urkunden auswärtiger Behörden und Ämter, da Art. 94 ZPO das betreffende Verfahren regelt. Den Beizug solcher Urkunden muss eine Partei nicht notwendigerweise im Urkundenverzeichnis beantragen, sondern diesbezügliche Begehren kann sie auch separat stellen⁶⁹. Dies ist solange zulässig, als die Partei noch Urkunden ins Recht legen kann.

63 ZPO 91 2. Satz, 88 Abs. 2; PV 23.11.1977.

64 ZPO 88 Abs. 3, 316; ZGE 26.9./24.10.1963.

65 ZPO 88 Abs. 1, 99, 261 Abs. 1, 291 Abs. 2, EG SchKG 35 Abs. 1, EG ZGB 2b Abs. 5, EG OR 2 Abs. 1.

66 Vgl. z.B. EG SchKG 35 Abs. 1.

67 EG SchKG 30 Abs. 1. Nach dieser Vorschrift muss der Beklagte die Edition früher beantragen als der Kläger, bevor überhaupt feststeht, ob der Leitschein dem Gericht eingereicht wird. M.E. genügt es aber, wenn der Beklagte das Editionsbegehren analog Art. 91 ZPO unmittelbar nach Mitteilung der Leitscheinanmeldung stellt.

68 EG SchKG 30 Abs. 2.

69 OGE 22.3./28.4.1965.

2. Im Rechtsmittelverfahren

Da im Appellationsverfahren nach Art. 316 ZPO neue Beweismittel gestattet sind, kann eine Partei ein vor erster Instanz versäumtes Begehren nachholen oder sich überhaupt zum ersten Mal auf die zu edierende Urkunde berufen. Der Editionsantrag muss innerhalb von 20 Tagen, von der Zustellung der genehmigten Appellationserklärung an gerechnet, erfolgen⁷⁰. Im Revisionsprozess sind allfällige Editionsbegehren im Vorverfahren zu erledigen, bevor über die Zulässigkeit des Revisionsgesuches entschieden wird⁷¹. Dementsprechend ist das Editions gesuch frühzeitig vorzubringen. Ein genauer Zeitpunkt ist im Gesetz nicht festgelegt, doch dürfte der Editionsantrag üblicherweise im Revisionsgesuch zu stellen sein, da dieses die genaue Bezeichnung der neuen, entscheidenden Beweismittel enthalten muss.

C Verfahren

1. Bei Edition durch Prozessparteien oder Dritte

Parteien im Editionsverfahren sind der Gesuchsteller und der Urkundeninhaber. Der Editionskläger muss notwendigerweise Partei in einem rechtshängigen Prozess sein⁷². Neben den Hauptparteien können auch Nebenintervenient und Streitbeurufener die Edition verlangen⁷³. Editionsbeklagter ist der mutmassliche Urkundeninhaber. Ist dies ein Dritter, so nimmt er neben dem Editionskläger die Parteistellung ein⁷⁴.

Das Verfahren spielt sich bei editionspflichtigen Parteien und Dritten in gleicher Weise ab⁷⁵. Ausgenommen sind die Fälle, wo auswärtige Dritte nach dem Recht ihres Wohnsitzkantons edieren müssen. Der Richter lädt die Parteien zu einer mündlichen Verhandlung vor. An dieser hat der Antragsteller die Editions voraussetzungen glaubhaft zu machen. Die Gegenpartei kann sich von der Editions pflicht befreien, wenn sie ihrerseits glaubhaft dartut, dass sie die Urkunde weder besitzt noch den Gewahrsam absichtlich zum Nachteil des Editionsklägers aufgegeben hat, noch weiss, wo sie sich befindet. Neben dem Besitz kann sie auch noch das Vorliegen der Editions voraussetzungen bestreiten oder einen Editionsverweigerungsgrund geltend machen, wofür wiederum blosser Glaubhaftmachung ausreicht. Schliesslich kann sie sich noch auf den Standpunkt stellen, das Editionsbegehren sei verspätet.

70 ZPO 316 Abs. 1.

71 ZPO 324 Abs. 6.

72 Betreffend vorsorglicher Urkundenedition vorne § 38 IV B.

73 Kaufmann 51, Keller 35 f.

74 Eichenberger 177. Der Gegner des Editionsklägers im Hauptprozess ist in diesem Fall nicht Partei, weshalb eine Teilnahme am Editionsverfahren nicht in Frage kommt.

75 Die folgenden Ausführungen stützen sich auf ZPO 168, 170 Abs. 2 ab.

Dies kann vorfrageweise geschehen⁷⁶. Auf Antrag des Editionsklägers muss die Gegenpartei ihre Aussagen beloben⁷⁷. Das Beloben stellt einen Ersatz für den Editionseid dar und setzt einen Antrag voraus. Vorbehaltlose Einlassung des Editionsbeklagten hat auf die Zuständigkeit des Richters der Hauptsache selbst keinen Einfluss. Unabhängig von ihrem Verhalten im Vorlegungsverfahren steht einer Partei im Hauptprozess die Unzuständigkeitseinrede zu⁷⁸. Im widerspruchslosen Teilnehmen an der Editionsverhandlung liegt nur ein Verzicht auf die nachträgliche Bestreitung der Zuständigkeit des Editionsrichters⁷⁹.

Der Richter ist bei der allgemeinen Editionsspflicht nach Art. 167 Ziff. 3 ZPO befugt, vor seinem Entscheid nach Anhören des Urkundeninhabers die fragliche Urkunde einzusehen, damit einen Sachverständigen zu beauftragen oder auf die belobigten Angaben abzustellen. Bei Gutheissung des Editionsantrages hat er die vorzulegende Urkunde genau zu bezeichnen⁸⁰. Er entscheidet ferner darüber, in welchem Umfange die Urkunde vorzulegen ist, ob einzelne Teile abgedeckt werden dürfen und in welcher Weise dies zu geschehen hat. In der Verfügung kann der Richter dem Editionspflichtigen eine angemessene Frist zur Einreichung der Urkunden ansetzen unter Androhung von Sanktionen⁸¹. Vorlegungsort ist in der Regel die Gerichtskanzlei. In Ausnahmefällen kann dies ein anderer Ort sein⁸².

2. Urkundenbeizug bei auswärtigen Behörden und Ämtern

Die für die Edition aufgestellten Regeln gelten nicht für den Urkundenbeizug bei Behörden und Ämtern, weshalb auch das Verfahren betreffend richterliche Weissungen entfällt. Für die Einforderung von Urkunden bei auswärtigen Behörden und Ämtern ist Art. 94 ZPO allein massgebend⁸³. Nach dieser Vorschrift sind Editionsbegehren, die solche Urkunden betreffen, im Urkundenverzeichnis zu stellen, doch können sie nach der Praxis des Obergerichtes⁸⁴ auch separat vorgebracht werden. Es ist dann Sache der Gerichtskanzlei, auf Kosten des Begehrenden die nötigen Schritte zu unternehmen⁸⁵. Ob diese zum Erfolg führen, hängt vom Entscheid der ersuchten Behörde ab. In Art. 94 ZPO ist nur von auswärtigen Behörden und Ämtern die Rede. Daraus darf nicht gefolgert werden, die Urkunden von einheimischen

76 PV 23.11.1977.

77 OGE 4.3.1943. Beloben fand statt in ZGE 26.4.1930, PV 4.7.1952.

78 OGE 18.3.1952.

79 Unveröffentlichter BGE vom 24.9.1952 i.S. Bürgisser u. Co. gegen Müller und Zivilgerichtspräsident von Glarus.

80 OGE 30.1.1939.

81 PV 18.12.1951.

82 OGE 13.7.1949.

83 OGE 22.3./28.4.1965, vgl. auch OGE 10.1.1945.

84 OGE 22.3./28.4.1965.

85 ZPO 94 2. Satz; PV 24.8.1956.

Amtsstellen seien auf dem üblichen Editionswege beizuziehen oder deren Einforderung sei gar nicht statthaft. Das Wort "auswärts" kann höchstens den Sinn haben, dass die beweisführende Partei bei einheimischen Behörden und Ämtern selber vorsprechen muss.

D Sanktionen bei ungerechtfertigter Weigerung⁸⁶

Das Gesetz droht unterschiedliche Sanktionen an, je nachdem ob eine Prozesspartei oder ein Dritter die Vorlegung verweigert. Die renitente Prozesspartei wird mit einer Ordnungsbusse von 20.— bis 500.— Franken bestraft. Zusätzlich gilt die mit der Urkunde zu beweisende Tatsache in der Regel als erwiesen, doch bleibt dem Richter namentlich bei berechtigten Zweifeln eine Würdigung vorbehalten. Auch steht es dem Editionspflichtigen frei, die Behauptungen der Gegenpartei mit anderen Beweisen zu widerlegen und die gesetzliche Vermutung der Richtigkeit umzustossen⁸⁷. Möglich ist auch, die nicht vorgelegte Urkunde im Appellationsverfahren beizubringen, um so vielleicht den wegen der gesetzlichen Fiktion ungünstigen Entscheid zu korrigieren⁸⁸. Bei widerspenstigen Dritten kann eine Beweisfiktion nicht Platz greifen, da sonst die am Editionsverfahren unbeteiligte Prozesspartei bestraft würde. Dritte verfallen ebenfalls in eine Ordnungsbusse von 20.— bis 500.— Franken. Bei fortgesetzter Weigerung ist nach vorausgegangener Androhung Bestrafung wegen Ungehorsams durch den Einzelrichter für Strafsachen möglich. Neben die Ordnungsbusse kann bei Dritten demnach auch noch eine kriminalrechtliche Sanktion treten, welche bei Prozessparteien nicht zulässig ist, da sie das Gesetz in Art. 169 ZPO nicht vorsieht. Wohl dürfen nach Art. 102 Abs. 2 ZPO die richterlichen Weisungen die gleichen Sanktionen androhen wie Befehlsverfügungen, doch ist Art. 169 ZPO als *lex specialis* zu betrachten, weshalb eine Anwendung von Art. 102 Abs. 2 ZPO auf Editionsverfügungen ausser Betracht fällt. Fraglich ist, ob im Falle der Editionsverweigerung durch einen Dritten die Urkunde mit Polizeigewalt herbeigeschafft werden darf⁸⁹. M.E. sind die in Art. 170 Abs. 3 ZPO aufgeführten Massnahmen als abschliessend anzusehen. Abzulehnen ist daher auch eine analoge Anwendung von Art. 189 ZPO, welcher die polizeiliche Vorführung von Zeugen erlaubt. Ein solch rigoroser Eingriff in die persönliche Sphäre des Dritten bedarf einer eindeutigen gesetzlichen Grundlage.

86 Zum folgenden ZPO 169 (Sanktionen gegen Prozesspartei) und 170 Abs. 3 (gegen Dritte).

87 Kaufmann 63.

88 Kaufmann 66, Lutz N. 5 zu Art. 232 ZPO.

89 Bejahend Lutz N. 3 zu Art. 234 ZPO, verneinend Sträuli/Messmer N. 6 zu § 184 ZPO.

§ 40 Vorsorgliche Massnahmen im besonderen¹

I Zweck

Vorsorgliche Massnahmen dienen zwei Zwecken². Der erste besteht darin, die künftige Vollstreckung eines Urteils zu sichern. Da Gerichtsverfahren bei umfassender Abklärung der Rechts- und Sachlage oft geraume Zeit beanspruchen, kann die spätere Vollstreckung schon vor oder während eines rechtshängigen Prozesses in Frage gestellt sein. Dieser Gefahr wollen vorsorgliche Massnahmen vorbeugen. Oft ist es auch nötig, die Verhältnisse zwischen den Parteien während eines Rechtsstreites zu regeln. Klassisches Beispiel sind die vorsorglichen Massnahmen für die Dauer eines Ehescheidungsprozesses. Vorsorgliche Massnahmen können somit auch den "modus vivendi"³ während eines Prozesses festlegen. Darin liegt der andere Zweck des einstweiligen Rechtsschutzes.

II Rechtsquellen

A Bundesrechtliche

Das Bundeszivilrecht enthält in verschiedenen Gesetzen Vorschriften über vorsorgliche Massnahmen. Neben den bereits erwähnten vorsorglichen Massnahmen für die Dauer eines Ehescheidungsprozesses⁴, sind besonders diesbezügliche Normen des SchKG⁵, des Kindesrechtes⁶ sowie des Immaterialgüterrechtes⁷ anzuführen.

B Der Glarner Zivilprozessordnung⁸

Die beiden wichtigsten Vorschriften der Glarner Zivilprozessordnung sind Art. 97 Abs. 1 Ziff. 5 und Art. 282 Ziff. 2. Die erste stellt die gesetzliche Grundlage für

1 Im folgenden werden die in verschiedenen Bundesgesetzen vorgesehenen vorsorglichen Massnahmen nur am Rande erwähnt.

2 Einzelne Gesetze zahlen auch die vorsorgliche Beweisaufnahme zu den einstweiligen Verfügungen, so z.B. PatG 77 Abs. 1, UWG 9 Abs. 1, KG 10. Zur Unterscheidung dieser beiden Institute vgl. ZR 77 Nr. 50.

3 Walder 357.

4 ZGB 145.

5 SchKG 83, 162, 271 ff., 283.

6 ZGB 281–284.

7 PatG 77–80, MMG 28, MSchG 31, UWG 9–12, KG 10, URG 52 f.

8 ZPO 52 Ziff. 4–6, 97 Abs. 1 Ziff. 2, 4 und 5, 282 Ziff. 2, 288, 289.

vorsorgliche Massnahmen nach Anhängigmachung eines Rechtsstreites dar, die zweite diejenige für solche vor Anhängigmachung. Während eines Prozesses erfolgt der einstweilige Rechtsschutz im Verfahren betreffend richterliche Weisungen, vor Beginn eines Prozesses im Befehlsverfahren.

III Verhältnis Bundesrecht – kantonales Recht auf dem Gebiete der vorsorglichen Massnahmen

A Einstweilige Sicherung der Vollstreckung einer Geldforderung

Das SchKG regelt die Vollstreckung von Ansprüchen auf Geldzahlung oder Sicherheitsleistung durch Geldhinterlage abschliessend. Davon werden auch die Massnahmen erfasst, welche die Vollstreckung dieser Ansprüche sichern wollen⁹. Als Mittel für die einstweilige Sicherung sieht das SchKG provisorische Pfändung, Arrest, Güterverzeichnis und Retentionsaufnahme vor. Diese Massnahmen kann das kantonale Recht nicht ergänzen. Für eine Anwendung von Art. 97 Abs. 1 Ziff. 5 und Art. 282 Ziff. 2 ZPO bleibt daher kein Raum.

B Bei den übrigen nicht auf Geldleistung gerichteten Ansprüchen

1. Hinsichtlich der Zulässigkeit

Regelt das Bundesrecht die vorsorglichen Massnahmen vor und während¹⁰ oder nur während¹¹ der Rechtshängigkeit eines Prozesses in abschliessender Weise, so finden die kantonalen Normen keine Anwendung. Die Voraussetzungen bestimmen sich nur nach Bundesrecht¹².

Erwähnt das Bundesrecht die Möglichkeit vorläufigen Rechtsschutzes nur für einen bereits rechtshängigen Prozess oder überhaupt nicht, ohne dabei eine abschliessende Ordnung gewollt zu haben, so richten sich die Voraussetzungen für die nicht geregelten Fälle nach kantonalem Recht. Wo der Bundesgesetzgeber keine Normen aufgestellt hat, bestimmt nach der Auffassung des Bundesgerichtes¹³ das

9 BGE 86 II 295, 85 II 196 Erw. 2 und dort erwähnte Entscheide; Voyame 167, Walder 355. Unzulässig ist daher der sog. verkappte Arrest. Vgl. aber ZGB 145, 282, 284.

10 UWG 9–12.

11 ZGB 145.

12 BGE 103 II 5 Erw. 3b; Kummer 256 f., Voyame 167.

13 BGE 97 II 190 Erw. 2 und dort zitierte Entscheide.

kantonale Prozessrecht, ob und in welchem Umfange vorsorglicher Rechtsschutz zu gewähren sei. Die Ansicht Guldener's, wonach es eine Frage des materiellen Rechtes sei, ob ein Anspruch auf vorsorgliche Massnahmen bestehe, hat sich bis jetzt nicht durchgesetzt¹⁴.

2. Hinsichtlich des Verfahrens

Massgebend für das Verfahren betreffend Erlass vorsorglicher Massnahmen sind einmal das Bundesrecht, sofern es eigene Verfahrensvorschriften kennt, sowie das kantonale Prozessrecht, welches die bundesrechtlichen Vorschriften ergänzt bzw. an deren Stelle tritt, falls der Bundesgesetzgeber das Verfahren nicht abschliessend geordnet hat bzw. überhaupt keine Regelung getroffen hat¹⁵.

C Zusammenfassung

Als Resultat kann festgehalten werden, dass die einstweilige Sicherung der Vollstreckung einer Geldforderung mit den kantonalrechtlich geregelten vorsorglichen Massnahmen unzulässig ist, diese dafür bei Ansprüchen auf Sachleistung, Handeln, Dulden sowie Unterlassen eingreifen, sofern nicht das Bundesrecht selbst vorläufigen Rechtsschutz gewährt oder diesen ausschliesst.

IV Voraussetzungen für die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes

Die Zivilprozessordnung umschreibt die Voraussetzungen für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen nicht näher. Zweifellos müssen aber einstweilige Verfügungen an gewisse Bedingungen geknüpft sein. Sofern mit dem Urteil in der Sache selbst der gewünschte Erfolg herbeigeführt werden kann, bedarf es keiner vorsorglichen Massnahme. Erforderlich ist somit ein Bedürfnis auf raschen Rechtsschutz¹⁶. Regelmässig verpflichtet eine einstweilige Verfügung den Gesuchsgegner auch zu einem bestimmten Verhalten, obwohl das endgültige Urteil noch aussteht und deswegen die Anspruchsberechtigung des Gesuchstellers nicht über jeden Zweifel erhaben ist. Im folgenden sind nun die Voraussetzungen aus dem Zweck des einstweiligen Rechtsschutzes herzuleiten.

14 Guldener 384 f., derselbe Bundesprivatrecht 52. In diesem Sinne auch Sträuli/Messmer N. 1 zu § 110 ZPO, Walder 356. Vgl. aber BGE 104 II 179, 103 II 123 f.

15 BGE 69 II 126, 56 II 323.

16 Guldener 385.

A Glaubhaftmachen des materiellen Anspruches¹⁷

Noch nicht endgültig geklärt ist die Frage, ob der Gesuchsteller bei vorsorglichen Massnahmen den materiellen Anspruch glaubhaft zu machen habe. Muss mit anderen Worten der Massnahmerichter neben dem Bedürfnis auf einstweiligen Rechtsschutz auch noch die Erfolgsaussichten des eingeklagten Anspruches überprüfen?

Die Glarner Praxis scheint auf dem Standpunkt zu stehen, der materielle Anspruch sei nicht oder doch nur äusserst summarisch zu überprüfen. So führte das Obergericht¹⁸ in einem Entscheid aus, beim Erlass vorsorglicher Massnahmen bzw. richterlicher Weisungen habe der Richter nicht darüber zu befinden, ob der hängige Prozess zu Gunsten der einen oder anderen Partei ausfallen werde. Wörtlich meinte das Obergericht weiter: "Da der Einzelrichter die Rechtslage im hängigen Prozess nicht zu prüfen hatte, geht der Einwand der Beschwerdeführerin, die Rechtslage sei derart klar, dass die Voraussetzungen zum Erlass richterlicher Weisungen im Sinne von Art. 97 Ziff. 4 und 5 ZPO nicht gegeben seien, fehl."

Die Zürcher Praxis verlangt grundsätzlich die Glaubhaftmachung¹⁹ des umstrittenen Anspruches, macht aber eine Ausnahme bei Massnahmen zur Erhaltung des unmittelbaren Streitgegenstandes²⁰, indem nur offensichtlich unbegründete Begehren abgelehnt werden. Das Bundesgericht²¹ hat sich dahingehend geäussert, mit dem Zweck der einstweiligen Verfügung sei ohne weiteres vereinbar, dass der Richter vorläufig und summarisch prüfe, ob der geltend gemachte materielle Anspruch bestehe und die Klage Erfolgsaussichten habe.

In der Lehre²² überwiegt bei weitem die Auffassung, Glaubhaftmachung des materiellen Anspruches sei vonnöten. In der Tat ist dies aus den nachstehenden Erwägungen unbedingt zu fordern. Vorsorgliche Massnahmen wollen in der Regel die spätere Urteilsvollstreckung sichern, setzen mithin logischerweise voraus, dass ein vollstreckbarer Anspruch überhaupt besteht. Dass bei einstweiligen Verfügungen rasches Handeln geboten ist, darf nun nicht zum Schlusse verleiten, eine Prüfung der materiellen Seite des Streitfalles habe nicht stattzufinden. Man hat sich immer den Zweck der vorsorglichen Massnahmen vor Augen zu halten und soll dem Gesuchsteller nicht etwas zusprechen, was ihm möglicherweise gar nicht zusteht. Noch viel schwerer wiegt die Tatsache, dass vorsorgliche Massnahmen in den Bereich des Gesuchsgegners eingreifen und nicht selten zum Teil erheblichen Scha-

17 So ausdrücklich z.B. ZGB 961 Abs. 3.

18 OGE 4.12.1972. Vgl. immerhin auch PV 4.3./27.5.1977.

19 ZR 76 Nr. 116; Sträuli/Messmer N. 7 zu § 110 ZPO.

20 ZR 65 Nr. 122; Sträuli/Messmer N. 9 zu § 110 ZPO.

21 BGE 97 I 486 Erw. 3a.

22 Eichenberger 215, Habscheid 377, Hasenböhler, Verfügung 32, 34, Kummer 265, Leuch N. 3 zu Art. 326 ZPO, Meng 29 ff., Munz 22, Sormani 15 f.; Sträuli/Messmer N. 7 bzw. 9 zu § 110 ZPO fordern ebenfalls grundsätzlich Glaubhaftmachung, ausgenommen Massnahmen zum Schutze des unmittelbaren Streitgegenstandes, ebenso Lutz N. 4 zu Art. 389 Ziff. 2 ZPO.

den bewirken. Nach der gegenwärtigen Ausgestaltung der Prozessordnungen dürfte aber in den meisten Fällen die geschädigte Gegenpartei mangels Verschuldensnachweis keinen Schadenersatz erhalten²³. Da einstweilige Verfügungen derart riskante Massnahmen darstellen und den Gesuchsgegner regelmässig zu einem bestimmten Verhalten verpflichten, ist es notwendig, dass die Anspruchsberechtigung glaubhaft gemacht wird. Es geht angesichts der schweren Folgen, die ungerechtfertigte Massnahmen verursachen können, entschieden zu weit, wenn dem Gesuchsteller unbeesehen einstweiliger Rechtsschutz zuteil wird.

B Bedürfnis nach einstweiligem Rechtsschutz

Verschiedene Gesetze²⁴ setzen einen drohenden, nicht leicht wiedergutzumachen Schaden oder Nachteil voraus. Auch die Glarner Praxis²⁵ fordert einen möglichen Nachteil. Wann ein solcher droht, lässt sich nur anhand konkreter Umstände feststellen. Es ist aber zu beachten, dass jedem Anspruch das Risiko der Nichterfüllung immanent ist. Vorliegen muss die Gefahr, "dass ein Anspruch überhaupt nicht mehr oder nur noch mit erheblichen Schwierigkeiten oder nicht mehr rechtzeitig durchgesetzt werden kann oder dass ein Rechtsverhältnis nicht mehr respektiert wird."²⁶ Der drohende Nachteil kann vermögensrechtlicher oder immaterieller Natur sein²⁷.

V Inhalt der vorsorglichen Massnahmen

Spärlich sind in der Zivilprozessordnung auch Vorschriften über den Inhalt von vorsorglichen Massnahmen. Zu erwähnen sind Art. 52 Ziff. 5 und 6, Art. 102 Abs. 2 sowie Art. 284 ZPO. Vor allem der erstgenannte Artikel sieht verschiedene Massnahmen zur Erhaltung des tatsächlichen Zustandes vor. Im Gegensatz zu früher²⁸ dienen die einstweiligen Verfügungen in der heute geltenden Zivilprozessordnung nicht nur zur Aufrechterhaltung des tatsächlichen Zustandes, sondern sie sind ganz allgemein zulässig. In Betracht kommen deshalb auch zustandsändernde Massnahmen. Im übrigen ist es weitgehend dem Ermessen des Richters anheimgestellt²⁹,

23 Hinten VII dieses Paragraphen.

24 Z.B. Bern ZPO 326 Ziff. 3 lit. b, Zurich ZPO 110 Abs. 1, 222 Ziff. 3, PatG 77 Abs. 2, UWG 9 Abs. 2.

25 OGE 4.12.1972, 10.2.1953.

26 Guldener 385; ähnlich Kummer 267 f.

27 Kummer 268, Leuch N. 6 zu Art. 326 ZPO.

28 Vgl. § 277 Ziff. 2 der ZPO von 1930.

29 OGE 22.4.1977, 15.5.1976.

welche konkreten Massnahmen er im Einzelfall anordnen will. Im folgenden gilt es nun, die Grenzen des richterlichen Ermessens abzustecken.

Eine erste vom Richter zu beachtende Schranke bildet der Grundsatz, dass vorsorgliche Massnahmen nie weitergehen dürfen als das, was dem Kläger im Urteil in der Hauptsache selbst zugesprochen werden kann³⁰. Da der einstweilige Rechtsschutz zum einen nur die Sicherung der künftigen Vollstreckung bezweckt, darf der Inhalt grundsätzlich dem späteren Urteil nicht entsprechen; er hat ein minus und aliud zu sein, wie es Baur³¹ ausdrückt. Der Richter hat darauf zu achten, dass vorsorgliche Massnahmen nicht die Vollstreckung vorwegnehmen und irreversible Anordnungen beinhalten, da der Ausgang des Rechtsstreites noch im Ungewissen liegt. Eine Ausnahme ergibt sich bei den Unterlassungsansprüchen. Hier stellt eine vorsorgliche Massnahme oft eine vorweggenommene Urteilsvollstreckung dar, doch ist immer zuerst zu prüfen, ob nicht eine mildere Massnahme ebenso zum Ziele führt³². Bei den regelnden vorsorglichen Massnahmen hat sich der Richter ebenfalls an den Grundsatz zu halten, wonach die Massnahmen einen andern und weniger weitgehenden Inhalt als das spätere Urteil aufweisen sollen. Oft kommt er aber nicht darum herum, von dieser Regel abzuweichen, da die geeignete Massnahme häufig dem Inhalt des späteren Urteils entspricht³³.

Eine zweite Maxime, welche der Richter zu beherzigen hat, bildet das Prinzip der Verhältnismässigkeit³⁴. Die anzuordnende Massnahme darf nicht weitergehen als unbedingt nötig. Da einstweilige Verfügungen regelmässig in den Bereich einer Person eingreifen, soll dieser Eingriff nur in dem Masse vorgenommen werden, als es der Zweck des angestrebten vorläufigen Rechtsschutzes erheischt. Die geeignete mildeste Massnahme ist dann aber anzuordnen, egal wie schwer sie den Belasteten trifft³⁵.

Ein dritter Gesichtspunkt beruht auf der Dispositionsmaxime. Der Richter ist insoweit an das Begehren des Gesuchstellers gebunden, als er sich nicht über den Antrag hinwegsetzen und mehr anordnen darf. Hingegen liegt es in seiner Befugnis, eine mildere Massnahme zu treffen als beantragt, da sich diese auf das Unvermeidliche zu beschränken hat³⁶.

Massnahmen, welche die Zivilprozessordnung ausdrücklich vorsieht, betreffen die beweglichen Streitgegenstände. Um die spätere Vollstreckung zu sichern, kann der Richter diese Gegenstände in dritte Hand legen lassen, angemessene Sicherheitsleistung verlangen oder einem Dritten die Auslieferung der Sache verbieten³⁷. Bei unbeweglichen Sachen kommen in der Praxis häufig provisorische Grundbuchsperren im Sinne von Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB vor³⁸.

30 Max. XII (1977) Nr. 378; Hasenböhler, Verfügung 20, Meng 111, Sormani 61, Ziegler 106.

31 F. Baur 52.

32 Hasenböhler, Verfügung 23 f.

33 F. Baur 60.

34 BGE 94 I 10, Max. XII (1977) Nr. 378; Meng 112, Sträuli/Messmer N. 12 zu § 110 ZPO.

35 BGE 94 I 11.

36 Habscheid 376, Hasenböhler, Verfügung 20, Sormani 64.

37 ZPO 52 Ziff. 5 und 6.

38 PV 7.12.1976, 2.2.1976, AGP 18.11.1968. Vgl. in diesem Zusammenhang auch BGE 103 II 3 Erw. 2 und 3 sowie insbes. die in Erw. 2 zitierte Literatur.

Um den Weisungen mehr Gewicht zu verleihen, kann sie der Richter mit Befehlen und Verboten unterstützen. Bei vorsorglichen Massnahmen vor Anhängigmachung des Rechtsstreites ist dies der Regelfall, doch auch richterliche Weisungen können inhaltlich Amtsbefehlen entsprechen³⁹. Als Adressat der richterlichen Weisungen bzw. Amtsbefehle kommen die Gegenpartei und Dritte in Frage⁴⁰.

VI Besondere Verfahrensfragen

A Zuständigkeit⁴¹

1. Vor Anhängigmachung eines Rechtsstreites

Die Anordnung vorsorglicher Massnahmen erfolgt vor der Anhängigmachung eines Rechtsstreites im Befehlsverfahren durch den Zivilgerichtspräsidenten, sofern im übrigen für die Hauptsache die Glarner Gerichte zuständig sind⁴². Ausnahmsweise ist trotz fehlendem Glarner Gerichtsstand für den Hauptprozess die Kompetenz des Zivilgerichtspräsidenten zu bejahen, vor allem dann, wenn nur dieser in der Lage ist, sofortigen Rechtsschutz zu gewähren⁴³, weil beispielsweise der Rechtshilfegew zu viel Zeit in Anspruch nehmen würde oder eine ausserkantonale vorsorgliche Massnahme im Kanton Glarus nicht vollstreckbar ist⁴⁴. Da Schiedsgerichten grundsätzlich die Befugnis zur Anordnung vorsorglicher Massnahmen abgesprochen wird⁴⁵, ergibt sich auch bei schiedsgerichtlichen Verfahren mangels Rechtshängigkeit eines Prozesses vor den ordentlichen Gerichten die Zuständigkeit des Amtsbefehlsrichters. Bestreitet eine Partei die örtliche oder sachliche Zuständigkeit des Massnahmerichters, so hat dieser seine Kompetenz lediglich in summarischer Weise zu überprüfen⁴⁶.

39 ZPO 102 Abs. 2.

40 ZPO 52 Ziff. 6, 96, 284 Ziff. 1.

41 Besondere bundesrechtliche Gerichtsstandsvorschriften vorbehalten, vgl. etwa PatG 78 Abs. 1, UWG 11, KG 10 sowie BGE 104 II 56 Erw. 4 und GO 6 Abs. 3.

42 ZPO 282 Ziff. 2, 283. Sofern Gefahr im Verzuge ist, kann nach Art. 287 ZPO auch der jeweils zuständige Gemeindepräsident angerufen werden. Vgl. aber auch GO 6 Abs. 3.

43 E.W. Baur 104.

44 Sträuli/Messmer N. 21 zu § 222 ZPO.

45 Kummer 283, Habscheid 518; vgl. aber Guldener 586 Anm. 71 sowie Zürich ZPO 248 Abs. 2.

46 BGE 86 II 144, 83 II 495.

2. Nach Anhängigmachung eines Rechtsstreites

Sofern der Prozess bereits rechtshängig ist, erlässt der Präsident des für die Hauptsache zuständigen Gerichtes die vorsorglichen Massnahmen⁴⁷. Dies gilt auch für einstweilige Verfügungen für die Dauer eines summarischen Prozesses. Der Befehlsrichter trifft beispielsweise vorsorgliche Massnahmen für die Dauer eines Befehlsverfahrens nicht aufgrund von Art. 282 Ziff. 2 ZPO, sondern gestützt auf Art. 97 Abs. 1 Ziff. 5 ZPO⁴⁸. Im Rechtsmittelverfahren geht die Befugnis zum Erlass einstweiliger Verfügungen auf den Obergerichtspräsidenten über⁴⁹. Als Zeitpunkt des Zuständigkeitswechsels ist die schriftliche Einlegung des Rechtsmittels anzusehen. Bei Nichtigkeitsbeschwerden gegen prozessleitende Entscheide bleibt der erstinstanzliche Gerichtspräsident der Hauptsache weiterhin zuständig⁵⁰. Befindet sich der Prozess bereits vor Bundesgericht, so ändert sich an der Zuständigkeit der kantonalen Gerichte nichts, sofern es sich um eine Berufung oder Nichtigkeitsbeschwerde handelt⁵¹. Bei staatsrechtlichen Beschwerden erklärt Art. 94 OG dagegen den Präsidenten des Bundesgerichtes für zuständig⁵².

In gewissen Fällen kann die Abgrenzung der Zuständigkeit zwischen dem Befehlsrichter und dem Gerichtspräsidenten des für die Hauptsache kompetenten Gerichtes Schwierigkeiten bieten. Da im Glarner Zivilprozess die Streitanhängigkeit erst eintritt, wenn der Beklagte von den gerichtlichen Schritten des Klägers erstmals Mitteilung erhält⁵³, kann es vorkommen, dass der Kläger wohl den Vermittler oder Richter bereits angerufen hat, der Beklagte aber noch nicht benachrichtigt worden ist. Für die Zeit zwischen Prozesseinleitung und Eintritt der Rechtshängigkeit muss die Zuständigkeit des Gerichtspräsidenten der Hauptsache bejaht werden, da es nur eine Frage der Zeit ist, bis die Rechtshängigkeit eintritt⁵⁴. Bis die Parteiverhandlung im Befehlsverfahren stattfinden würde, wäre der Prozess bereits rechtshängig. Auch Art. 9 ZPO spricht für diese Lösung, denn nach dieser Vorschrift ist die Prozesseinleitung massgebend für die Begründung des Gerichtsstandes. Praktische Bedeutung hat die Frage bei superprovisorischen Verfügungen, bei denen nicht der Eintritt der Rechtshängigkeit abgewartet werden kann.

47 ZPO 96, 97 Abs. 1 Ziff. 4 und 5.

48 PV 7.12.1976.

49 ZPO 312. Für Nichtigkeitsbeschwerden vgl. Guldener, Nichtigkeitsbeschwerde 69 f.

50 Guldener, Nichtigkeitsbeschwerde 69.

51 OG 58 bzw. 74. Als zuständig ist diejenige Glarner Instanz zu betrachten, die sich zuletzt mit dem Rechtsstreit befasst hat, sofern nicht in den kantonalen Einführungsgesetzen eine ausdrückliche Zuständigkeitsnorm enthalten ist, vgl. OGP 10.3.1969.

52 Dazu BGE 91 II 144 ff.

53 ZPO 51.

54 Diese Lösung dürfte auch der Glarner Praxis entsprechen, vgl. PV 2.2.1976 ("Zweifelloos wird der Vermittler sofort zur Vermittlung vorgeladen haben, so dass davon ausgegangen werden muss, die Streitanhängigkeit im Sinne von Art. 51 f. ZPO sei inzwischen bereits eingetreten.")

Zuständigkeitsvorschriften in den kantonalen Einführungsgesetzen, welche sich auf eine konkrete vorsorgliche Massnahme beziehen⁵⁵, gehen als Spezialnormen der allgemeinen Bestimmung von Art. 96 ZPO vor. Im Ehescheidungsprozess bleibt daher immer der Zivilgerichtspräsident kompetent, auch wenn sich der Prozess infolge Berufung bereits vor Bundesgericht befindet⁵⁶.

Im übrigen gilt auch hier, dass der Gerichtspräsident lediglich in summarischer Weise seine Zuständigkeit zu prüfen hat⁵⁷.

B Glaubhaftmachen der Voraussetzungen

Die Voraussetzungen für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen hat der Gesuchsteller lediglich glaubhaft zu machen⁵⁸. Dies entspricht dem Wesen des einstweiligen Rechtsschutzes, welcher oft schlagartig erfolgen muss. Eine zeitraubende Auseinandersetzung mit der Rechts- und Sachlage würde den einstweiligen Rechtsschutz sabotieren. Zudem bildet die angeordnete vorsorgliche Massnahme kein Präjudiz für den nachfolgenden Entscheid in der Hauptsache⁵⁹. Deswegen muss eine summarische Prüfung des umstrittenen Anspruches durch den Richter genügen⁶⁰. Immerhin soll bei Massnahmen, die in stärkerem Ausmasse in den Bereich der Gegenpartei eingreifen, die Prüfung in rechtlicher Hinsicht eingehender erfolgen⁶¹.

C Sicherheitsleistung

1. Durch den Gesuchsteller

Da vorsorgliche Massnahmen wegen der summarischen Prüfung mit dem Risiko behaftet sind, dass sie sich später als unrichtig herausstellen, kann der Richter deren Anordnung von einer Sicherheitsleistung abhängig machen. Die Glarner Zivilpro-

55 Z.B. EG ZGB I Ziff. 4 legt die Zuständigkeit des Zivilgerichtspräsidenten als Einzelrichter für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen nach Art. 145 ZGB fest.

56 OGP 10.3.1969; vgl. auch OG 58.

57 BGE 86 II 144, 83 II 495.

58 BGE 97 I 486 f.; Guldener 388, Habscheid 377, Kummer 233, Walder 358; vgl. auch PatG 77 Abs. 2, UWG 9 Abs. 2.

59 BGE 88 I 14; Habscheid 377.

60 BGE 97 I 486 f., 91 II 145, 88 I 14 f.; Habscheid 377, Hasenböhler, Verfügung 34, Huth 55 ff., Sormani 130, Sträuli/Messmer N. 7 zu § 110 ZPO; a.M. Leuch N. 3 zu Art. 326 ZPO, Meng 30, die eine volle Prüfung der rechtlichen Begründetheit des materiellen Anspruches verlangen, basierend auf den glaubhaft gemachten Tatsachen.

61 Hasenböhler, Verfügung 35.

zessordnung kennt zwei Artikel, welche dem Richter diese Befugnis verleihen. Art. 289 ZPO stellt die gesetzliche Grundlage für die Sicherheitsleistung bei Massnahmen vor einem anhängigen Rechtsstreit dar. Während der Rechtshängigkeit eines Prozesses sieht die Zivilprozessordnung nur bei der einstweiligen Öffnung von Verboten und Rechtboten eine gesetzliche Handhabe⁶² vor. Aber auch bei den übrigen vorsorglichen Massnahmen während eines rechtshängigen Prozesses ist die Anordnung einer Sicherheitsleistung zulässig, bildet sie doch eine notwendige Einrichtung im Bereich des einstweiligen Rechtsschutzes⁶³. Auf die nicht geregelten Fälle sind daher die beiden oben erwähnten Vorschriften analog anzuwenden.

Die Anordnung einer Sicherheitsleistung setzt voraus, dass die Gegenpartei durch die vorsorgliche Massnahme Schaden zu befürchten hat. Der Richter hat die von ihm als geeignet angesehene Massnahme daraufhin zu überprüfen, ob sie Schaden verursachen könnte. Ist dies der Fall, so darf sie nur erlassen werden, wenn der Gesuchsteller Sicherheit leistet, was grundsätzlich vor oder binnen kurzer Frist nach Erlass der vorsorglichen Massnahme zu geschehen hat⁶⁴. Die Ansetzung dieser Frist ist mit der Androhung zu verbinden, dass bei unbenütztem Fristablauf die getroffene Massnahme dahinfalle. Die Höhe der Sicherheitsleistung bemisst sich nach dem mutmasslichen Schaden⁶⁵. Trotz dem Wortlaut von Art. 289 ZPO ist die Sicherheitsleistung prinzipiell nur auf Antrag der Gegenpartei anzuordnen⁶⁶. Bei superprovisorischen Verfügungen hat dies jedoch von Amtes wegen zu erfolgen⁶⁷.

2. Durch die Gegenpartei

Der Richter kann den Inhalt der vorsorglichen Massnahmen weitgehend nach seinem Ermessen bestimmen. Darin liegt auch die Befugnis, von einer vorsorglichen Massnahme abzusehen und sich mit einer Sicherstellung durch den Gesuchsgegner zu begnügen, sofern dadurch der angestrebte Rechtsschutzzweck erreicht wird⁶⁸. Die Zivilprozessordnung sieht in Art. 52 Ziff. 5 und 284 Ziff. 2 diese Möglichkeit ausdrücklich vor.

62 ZPO 97 Abs. 1 Ziff. 2 2. Satz.

63 E.W. Baur 109, Sormani 146.

64 ZPO 289, 97 Abs. 1 Ziff. 2 2. Satz.

65 ZPO 289; BGE 94 I 11.

66 E.W. Baur 110, Ziegler 89 f.

67 Hasenböhler, Verfügung 42, Ziegler 89.

68 A.M. Ziegler 113; vgl. BGE 103 II 293 Erw. 5, 94 I 14 sowie PatG 79 Abs. 2, UWG 10 Abs. 2.

D Fristansetzung zur Anhängigmachung des Rechtsstreites

Vorsorgliche Massnahmen gewähren nur einstweiligen Rechtsschutz und stellen nichts Definitives dar. Sie dürfen daher nicht unbeschränkte Zeit ihre Wirkungen entfalten. Sofern bereits ein Prozess im Gange ist, bereitet das Sachurteil in absehbarer Zeit dem provisorischen Zustand ein Ende. Ist noch kein Rechtsstreit angehoben, so lassen sich einstweilige Verfügungen zeitlich nur begrenzen, wenn dem Gesuchsteller eine Frist zur Anhängigmachung des Rechtsstreites angesetzt wird mit der Androhung, dass bei unbenutztem Ablauf der Frist die Massnahme dahinfalle⁶⁹. Die Klagefristansetzung steht nicht im Belieben des Richters, sondern sie hat immer zu erfolgen, wenn zur endgültigen Erledigung des Streites ein Prozess erforderlich ist. Der Ausdruck "in der Regel" in Art. 288 ZPO bezieht sich nur auf Ausnahmefälle. Solche liegen lediglich vor, wenn die mit der vorsorglichen Massnahme geschaffene Sachlage nicht mehr zu ändern ist und der unterlegenen Partei lediglich ein Schadenersatzanspruch übrigbleibt⁷⁰.

Der Prozess ist innerhalb der angesetzten Frist beim Vermittler einzuleiten⁷¹, ansonsten die Massnahme oder die Sicherheitsleistung des Beklagten ohne weiteres dahinfallen. Da die Frist zur Einreichung des Leitscheines in der Regel sechs Monate beträgt, kann die Gegenpartei nach Art. 86 Abs. 2 ZPO in "dringenden Fällen" eine Verkürzung der Leitscheinfrist verlangen. Diese Verkürzung erfolgt mittels richterlicher Weisung⁷². Als "dringende Fälle" sind vorsorgliche Massnahmen zu betrachten, die bei längerer Dauer einen nicht mehr zumutbaren Eingriff in die Sphäre des Belasteten bedeuten oder eine Vergrosserung des Schadens bewirken.

VII Schadenersatzpflicht⁷³

Erweist sich eine vorsorgliche Massnahme im nachhinein als ungerechtfertigt, so stellt sich die Frage, welche Partei allenfalls eingetretenen Schaden zu tragen hat. Einige Gesetze⁷⁴ sehen eine Kausalhaftung vor, andere wiederum kennen keine besonderen Haftungsnormen, so dass nur Verschuldenshaftung in Frage kommt⁷⁵. Die Kausalhaftung stellt die mit einer vorsorglichen Massnahme belegte Partei wesentlich günstiger, da dem Gesuchsteller kein Verschulden nachgewiesen werden

69 ZPO 288; vgl. auch PatG 77 Abs. 4, UWG 12 Abs. 1.

70 BGE 88 I 16; Strauli/Messmer N. 1 zu § 228 ZPO; vgl. auch BGE 103 II 72 Erw. 3 f.

71 Sofern nicht die Klage direkt beim Gericht eingereicht werden muss, vgl. ZPO 1 Abs. 2.

72 ZPO 97 Abs. 1 Ziff. 1 lit. e; AGP 28.2.1968.

73 Dazu Alois Troller, Die Schadenersatzpflicht wegen unbegründeter vorsorglicher Massnahme, SJZ 43 (1947), 22–24.

74 Bern ZPO 332 (Kummer 271), Zürich ZPO 230 Abs. 1, BZP 84 Abs. 1 (dazu BGE 91 II 144 ff.), UWG 12 Abs. 2, SchKG 273.

75 Karl Oftinger, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 1. Bd.: Allgemeiner Teil, 4. Aufl. Zürich 1975, 15, Voyame 169, Strauli/Messmer N. 1 zu § 230 ZPO; vgl. auch BGE 93 II 184 Erw. 9b.

muss. Bei der Verschuldenshaftung dürfte hingegen in der Regel allfälliger Schaden unersetzt bleiben, da ein Verschuldensnachweis in den seltensten Fällen gelingt⁷⁶.

Die Glarner Zivilprozessordnung kennt in Art. 292 Abs. 3 eine Haftungsbestimmung mit folgendem Wortlaut: "Wer einen Amtsbefehl in ungerechtfertigter Weise erwirkt, haftet für den daraus entstandenen Schaden." Diese Norm bezieht sich nicht nur auf vorsorgliche Massnahmen vor Anhängigmachung eines Rechtsstreites, sondern auf jeden Amtsbefehl sowie auf Rechtbote. Dagegen werden vorsorgliche Massnahmen während eines Prozesses nicht vom Wortlaute der zitierten Bestimmung erfasst. Auch fehlt bei den richterlichen Weisungen Entsprechendes.

Mehrere Autoren⁷⁷ vertreten die Auffassung, die Haftungsvorschrift der Glarner Zivilprozessordnung statuiere eine Kausalhaftung. Im allgemeinen wird dies nicht näher begründet. Einzig Hauri⁷⁸ führt an, ein Nachweis des Verschuldens sei nicht gefordert, da die Haftung direkt dem Gesetz entspringe und dieses keinen Verschuldensnachweis verlange. Ungerechtfertigt sei daher ein Rechtbot immer dann, wenn in widerrechtlicher Weise subjektive Rechte des Rechtbotempfängers verletzt werden. Nach Ziegler⁷⁹ ist der Artikel zu ungenau gefasst, als dass etwas Bestimmtes herausgelesen werden könnte.

M.E. lässt sich nicht ohne weiteres sagen, die Vorschrift enthalte eine Kausalhaftung, da sich der Ausdruck "in ungerechtfertigter Weise" sowohl auf die Widerrechtlichkeit des Schadens als auch auf das Vorgehen des Gesuchstellers beziehen kann. Die Wendung "in ungerechtfertigter Weise erwirkt" kann ebenso das subjektive Vorgehen im Auge haben, in dem Sinne, dass schuldhaftes Verhalten gemeint ist. Was der Gesetzgeber wirklich gewollt hat, lässt sich nicht mehr feststellen. Aus der Tatsache, dass das Gesetz eine Haftungsnorm enthält, darf nicht ohne weiteres geschlossen werden, der Gesetzgeber habe eine Kausalhaftung begründen wollen, denn bereits die ZPO von 1895 kannte ausdrücklich eine Schadenersatzpflicht bei unbegründeter Rechtbotanlage, welche aber lediglich eine Verschuldenshaftung darstellte, wie die Verweisung auf Art. 41 ff. OR im betreffenden Paragraphen⁸⁰ deutlich macht. Anlässlich der Revision vom 4. Mai 1930 fand das Befehlsverfahren Aufnahme im Gesetz. Gleichzeitig vermengte der Gesetzgeber in unglücklicher Weise das Befehlsverfahren und das Institut des Rechtbotes miteinander, so dass die Formulierung "in ungerechtfertigter Weise erwirkt" ebenso gut eine andere Umschreibung gleichen Inhalts der bisherigen Folgen unbegründeter Rechtbotanlage sein könnte.

Die Praxis neigt jedenfalls eher zur Verschuldenshaftung. So führte das Obergericht⁸¹ zur Frage des Schadenersatzes bei Rechtboten folgendes aus: "Bei einem

76 Troller a.a.O. 24.

77 Guldener 389 Anm. 35, Hauri 90, Meng 172 Anm. 1, Voyame 169 Anm. 477.

78 Hauri 90.

79 Ziegler 96 f.

80 § 69 der ZPO von 1895.

81 OGE 18.9./13.11.1967; vgl. ferner OGE 30.3.1966.

innert der normalen Frist wegen einer Baute angelegten Rechtbot ist jedoch die Praxis mit der Gewährung von Schadenersatzansprüchen sehr zurückhaltend, wenn es nur zu einer Entschädigung und nicht zur Untersagung der Baute kam. Ergeht indessen das Rechtbot erst während des Baues, so darf von dem, welcher es anlegen liess, grösste Sorgfalt erwartet werden."

Zu beachten ist auch, dass sich die Haftungsnorm in Art. 292 Abs. 3 ZPO nur auf Amtsbefehle und Rechtbote bezieht⁸². Vorsorgliche Massnahmen während der Dauer eines rechtshängigen Prozesses werden davon nicht erfasst, so dass, sofern man Art. 292 Abs. 3 ZPO als Kausalhaftung auslegt, im Bereich der vorsorglichen Massnahmen zwei verschiedene Haftungsarten zum Zuge kämen. In Anbetracht der unklaren Regelung ist m.E. daher die Haftungsnorm als Verschuldenshaftung auszu-legen.

VIII Dauer und Abänderbarkeit der vorsorglichen Massnahme

Vorsorgliche Massnahmen haben längstens Gültigkeit, bis die Partei gestützt auf die rechtskräftige Prozesserledigung die Vollstreckung verlangen kann⁸³. Dies gilt auch für Massnahmen, die der Richter vor Beginn eines Prozesses getroffen hat und nicht infolge Versäumung der angesetzten Klagfrist dahingefallen sind. Da vorsorglichen Massnahmen lediglich eine summarische Prüfung zugrundeliegt, kann sich im Laufe des Rechtsstreites ergeben, dass die Voraussetzungen nicht mehr bestehen, die tatsächlichen Verhältnisse sich geändert haben oder eine andere Massnahme am Platze wäre. In solchen Fällen darf die Verfügung jederzeit wieder aufgehoben bzw. geändert werden⁸⁴. Zuständig ist dafür der Befehlsrichter, sofern der Prozess noch nicht eingeleitet ist, oder der Präsident desjenigen Gerichtes, bei dem sich der Prozess gerade befindet.

IX Rechtsmittel

Vorsorgliche Massnahmen unterliegen im Glarner Zivilprozess nicht der Appellation⁸⁵. Den Parteien steht dagegen die Nichtigkeitsbeschwerde zu⁸⁶. Für die Weiterziehung ans Bundesgericht kommt die Berufung nach Art. 43 ff. OG nicht in

82 ZPO 292 Abs. 3, 299 Abs. 1.

83 Guldener 390.

84 Guldener 390, Walder 359.

85 Vorne § 36 I A, hinten § 42 I.

86 OGE 4.12.1972, OGP 3.11.1976, 15.5.1976.

Frage⁸⁷. Dafür sind entweder die Nichtigkeitsbeschwerde gemäss Art. 68 ff. OG oder die staatsrechtliche Beschwerde nach Art. 83 ff. OG zulässig⁸⁸.

§ 41 Weisungsverfahren

I Form, Inhalt und Zeitpunkt des Begehrens

Aktivlegitimiert sind nur die Prozessparteien, nicht aber auch Dritte¹. Diesen ist aber nach ergangener Weisung ein Recht auf Wiedererwägung einzuräumen. Neben den Prozessparteien kommt auch Dritten die Passivlegitimation zu, so vor allem bei vorsorglichen Massnahmen und bei der Urkundenedition.

Der Gesuchsteller kann sein Begehren mündlich oder schriftlich² vorbringen. Inhaltlich schreibt das Gesetz nichts Besonderes vor. Es bestimmt lediglich, die Partei habe "unter Vorlage ihres Begehrens einen Vorstand zu verlangen"³, d.h. die Partei hat dem Richter anzugeben, welche Weisung sie begehrt. Beilegung der Beweismittel ist nicht erforderlich, da diese erst anlässlich des Vorstandes mitgebracht werden müssen⁴. Eine Ausnahme von dieser Formlosigkeit ergibt sich bei superprovisorischen Weisungen. Da der Richter einem solchen Antrag nicht unbesehen stattgeben darf, muss dieser notwendigerweise die Darlegung des Sachverhaltes und die Beweismittel enthalten.

Was den Zeitpunkt anbetrifft, so schreibt das Gesetz lediglich bei der Urkundenedition⁵ und für das beschleunigte Verfahren Bestimmtes vor. Im beschleunigten Verfahren hat der Kläger Gesuche um richterliche Weisungen "gleichzeitig mit der Einreichung des Leitscheines", der Beklagte "unmittelbar nach Empfang des Leitscheines" anzumelden⁶. Später sind Begehren nur noch zulässig, wenn sich die Veranlassung dazu erst durch den weiteren Prozessverlauf ergibt⁷. Nicht ganz plausibel erscheint der Zeitpunkt für den Beklagten. Nach dem Wortlaut der Vorschrift müsste er im beschleunigten Verfahren das Begehren stellen, bevor überhaupt feststeht, ob der Kläger den Leitschein anmeldet. M.E. muss es genügen, wenn der Beklagte das Gesuch unmittelbar nach der Mitteilung der Leitscheineinreichung vorbringt. Verspätete Gesuche kann die Gegenpartei mit der Uneinlässlichkeitseinrede rügen⁸.

87 BGE 103 II 251 Erw. 1b, 71 Erw. 2, 3 Erw. 1.

88 BGE 104 II 56 Erw. 3, 103 II 3 Erw. 1, 97 I 485 Erw. 1a; Hasenböhler, Verfügung 51 f.

1 ZPO 96.

2 ZPO 96, 312, EG SchKG 30 Abs. 1. Ganz selten verlangt die Zivilprozessordnung eine schriftliche Eingabe, vgl. ZPO 94 und 108.

3 ZPO 96, vgl. auch ZPO 312, EG SchKG 30 Abs. 1. Bei auswärtiger Zeugeneinvernahme ist nach ZPO 108 ein Gesuch "in deutscher und nötigenfalls auch in der Sprache der einvernehmenden Behörde je im Doppel einzureichen."

4 ZPO 99.

5 Für Einzelheiten vgl. vorne § 39 V B.

6 EG SchKG 30 Abs. 1.

7 EG SchKG 30 Abs. 2.

8 PV 23.11.1977.

II Verfahren

A Zuständigkeit

Die örtliche Zuständigkeit richtet sich jeweils nach dem Gerichtsstand des in der Hauptsache kompetenten Gerichtes. Bei Weisungen vor Eintritt der Rechtshängigkeit ist es möglich, dass im interkantonalen Verhältnis ein besonderer Gerichtsstand zum Zuge kommt, etwa der Ort der gelegenen Sache, der mit dem Gerichtsstand in der Hauptsache nicht übereinstimmen muss⁹. Sofern das Weisungsverfahren vor der Hauptverhandlung stattfindet, bleibt eine vorbehaltlose Einlassung ohne jegliche präjudizielle Bedeutung für die Zuständigkeit des in der Hauptsache erkennenden Gerichtes. Der Beklagte muss die fehlende Zuständigkeit in der Hauptsache erst zu Beginn der Hauptverhandlung bestreiten¹⁰. Sachlich zuständig ist der Präsident des jeweils kompetenten Gerichtes¹¹, funktionell der Vorsitzende des Gerichtes, welches sich gerade mit der Hauptsache befasst. Als Zeitpunkt des funktionellen Zuständigkeitswechsels ist die schriftliche Anmeldung des Rechtsmittels zu betrachten.

B Gang des Verfahrens

Das Weisungsverfahren ist durch Formlosigkeit gekennzeichnet. Die Parteien müssen ihre Urkunden erst anlässlich der Parteiverhandlung einreichen; Zeugen sind spätestens drei Tage vor dem Vorstand aufzubieten¹². Da nach Art. 98 ZPO grundsätzlich zu einer Verhandlung vorzuladen ist, hat die Gegenpartei bei sämtlichen Anwendungsfällen der richterlichen Weisungen Anspruch auf rechtliches Gehör. Eine vorherige Anhörung darf bei superprovisorischen Weisungen unterbleiben. In Analogie zum Befehlsverfahren drängt es sich auf, auch die Zulässigkeit von provisorischen Weisungen zu bejahen, welche die Gegenpartei mittels Einsprache bestreiten kann. Ein solches Vorgehen dient der Straffung des Weisungsverfahrens. Sofern seitens der Gegenpartei kein Widerstand zu erwarten ist, empfiehlt sich dies aus prozessökonomischen Gründen. Namentlich bleibt den Parteien eine zeitraubende Teilnahme am Vorstand erspart.

Am Vorstand, wie das Gesetz die Parteiverhandlung auch bezeichnet, erhält jede Partei Gelegenheit, sich zweimal zu äussern; dabei sollen die Parteivorträge kurz und einfach sein¹³. Sofern eine vorgeladene Partei ausbleibt, entscheidet der Richter

9 PV 19.1.1968, vorne § 38 IV D 1.

10 OGE 18.3.1952.

11 ZPO 96, 312.

12 ZPO 99.

13 ZPO 101.

aufgrund der Akten und den Ausführungen der erschienenen Partei¹⁴. Bei Säumnis beider Parteien ist der Rückzug des Begehrens auszusprechen, sofern die Akten keine Entscheidung erlauben. Entschuldigt sich eine Partei rechtzeitig, so tritt eine Verschiebung des Vorstandes ein¹⁵.

Im Anschluss an die Parteivorträge soll der Richter wenn möglich sofort die Weisung, welche inhaltlich den Befehlsverfügungen entsprechen kann¹⁶, mündlich bekanntgeben; sodann ist sie vom Gerichtsschreiber ungesäumt auszufertigen und den Parteien zuzustellen¹⁷. Die Kosten des Weisungsverfahrens hat vorerst der Gesuchsteller zu tragen¹⁸. Da diese Kosten zu den rechtlichen Kosten zählen, entscheidet sich erst bei Beendigung des Hauptprozesses, welcher Partei die Kosten endgültig aufzuerlegen sind¹⁹.

*III Superprovisorische Verfügung im besonderen*²⁰

A Begriff

Eine superprovisorische Verfügung – im Glarner Zivilprozessrecht provisorische Verfügung genannt – ist eine Verfügung, welche ohne vorherige Anhörung der Gegenpartei erlassen wird und sofort ihre Wirkungen entfaltet, d.h. sie kann sogleich vollstreckt werden. Sie dient der Sicherung des nachgesuchten Entscheides und will verhindern, dass der Gesuchsgegner durch überraschendes Handeln dessen Vollstreckung verunmöglicht.

B Rechtsquellen

Das Glarner Zivilprozessrecht regelt an verschiedenen Orten die superprovisorischen Verfügungen. Die gesetzlichen Grundlagen finden sich bei den richterlichen Weisungen²¹, beim Befehlsverfahren²² sowie in den Einführungsgesetzen zum ZGB und OR²³. Alle Amtsbefehle, richterlichen Weisungen und Entscheide nach Art. 1 EG

14 ZPO 98 Abs. 2.

15 ZPO 98 Abs. 1.

16 ZPO 102 Abs. 2.

17 ZPO 102 Abs. 3.

18 ZPO 102 Abs. 3 2. Satz.

19 ZPO 243 Abs. 3 Ziff. 9, 245 f.

20 Im folgenden wird nicht nur die superprovisorische Weisung, sondern ganz allgemein die superprovisorische Verfügung behandelt.

21 ZPO 100.

22 ZPO 286 Abs. 3 letzter Satz.

23 EG ZGB 2b Abs. 2 bzw. EG OR 2 Abs. 1 und 2.

ZGB und Art. 1 EG OR dürfen in Form einer superprovisorischen Verfügung ergehen. Diese stellen dann aber nichts anderes als vorsorgliche Massnahmen für die Dauer des betreffenden Verfahrens dar.

C Vereinbarkeit mit dem rechtlichen Gehör

Eine superprovisorische Verfügung, deren besonderes Merkmal die nach einseitigem Vorbringen verfügte sofortige Vollstreckbarkeit bildet, tangiert zweifellos die Sphäre der Gegenpartei. Sie lässt sich aber trotzdem mit Art. 4 BV vereinbaren. Um einen effizienten Rechtsschutz zu gewährleisten, darf bei besonderer Dringlichkeit eine vorherige Anhörung des Gesuchsgegners unterbleiben²⁴. Da die superprovisorische Verfügung sofort vollstreckbar ist, kann sie nicht unbestimmte Zeit Gültigkeit haben. Der gegnerische Gehöranspruch verlangt, dass sobald als möglich eine Parteiverhandlung stattfindet, an der nach Anhörung der Gegenpartei über das weitere Schicksal der superprovisorischen Verfügung zu entscheiden ist. Zu Recht bezeichnet denn auch Hasenböhler²⁵ die nachfolgende Parteiverhandlung als notwendiges Korrelat zur superprovisorischen Verfügung.

D Voraussetzungen und Wirkungen

Bereits beim Erlass vorsorglicher Massnahmen ist ein Bedürfnis auf vorläufigen Rechtsschutz erforderlich²⁶. Bei superprovisorischen Verfügungen verlangt das Gesetz eine gegenüber den vorsorglichen Massnahmen gesteigerte Dringlichkeit. Es muss "Gefahr im Verzuge"²⁷ liegen, welcher nur mit schlagartigem Handeln begegnet werden kann. Der mit der vorherigen Anhörung der Gegenpartei verbundene Zeitverlust muss die spätere Vollstreckung des verlangten Entscheides akut gefährden.

Gegenüber der provisorischen Verfügung unterscheidet sich die superprovisorische einzig darin, dass sie sofort vollstreckbar ist und somit auf der Stelle ihre Wirkungen entfaltet. Da gerade bei superprovisorischen Verfügungen der geltend gemachte Anspruch nicht über jeden Zweifel erhaben ist, soll der Richter seinen Entscheid von einer Sicherheitsleistung abhängig machen²⁸.

24 BGE 88 I 201 f., 87 I 109; Guldener 388, Sträuli/Messmer N. 6 zu § 56 ZPO, Ziegler 69.

25 Hasenböhler, Verfügung 39.

26 Guldener 381.

27 ZPO 100, 286 Abs. 3 letzter Satz, 287; vgl. auch UWG 9 Abs. 3.

28 Kummer 269.

E Anfechtung

Gegen superprovisorische Verfügungen ist kein Rechtsmittel gegeben, da der Gesuchsgegner ein Einspracherecht besitzt, mit welchem er eine Parteiverhandlung verlangen kann, an der über das weitere Schicksal der getroffenen Verfügung entschieden wird²⁹.

IV Abänderbarkeit der richterlichen Weisungen

Da richterliche Weisungen nichts anderes als prozessleitende Verfügungen darstellen, treten sie insofern in formelle Rechtskraft, als sie nicht der Berufung unterliegen. Das heisst aber nicht, dass sie unabänderbar sind, denn auf prozessleitende Verfügungen kann der Richter im Laufe des Verfahrens zurückkommen, sofern es die Umstände rechtfertigen³⁰. Bei bestimmten Weisungen, z.B. bei Fristerstreckungen, ist aus Gründen der Rechtssicherheit, oder weil es sich um zuerkannte Rechte handelt, eine Rückgängigmachung ausgeschlossen³¹.

§ 42 Rechtsmittel

I Kantonale Rechtsbehelfe

Richterliche Weisungen sind als prozessleitende Zwischenentscheide der Appellation nicht zugänglich¹. Dagegen unterliegen sie der Nichtigkeitsbeschwerde². In Betracht kommen auch Wiedererwägungsgesuche³.

29 ZPO 286 Abs. 3, EG ZGB 2b Abs. 3, EG OR 2 Abs. 1; OGP 5.12.1968, PV 7.12.1976, 2.2.1976; Sträuli/Messmer N. 31 zu § 271, N. 6 zu § 272 ZPO.

30 Guldener 301 f., Hämmerli 52 f., Walder 281.

31 Dazu Guldener 302 Anm. 15.

1 ZPO 15 Abs. 3; vgl. auch OGE 29.12.1959.

2 ZPO 336; OGP 28.9.1978.

3 OGE 29.12.1959; vgl. auch AGP 10.6.1968; Walder 281.

II Weiterzug ans Bundesgericht

Da richterliche Weisungen keine Endentscheide⁴ im Sinne von Art. 48 OG bilden, ist die Berufung ausgeschlossen. Übrig bleiben Nichtigkeitsbeschwerde und staatsrechtliche Beschwerde. Letztere dürfte bei den meisten richterlichen Weisungen zum Zuge kommen, sofern die Voraussetzungen gemäss Art. 87 OG vorliegen. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist etwa bei vorsorglichen Massnahmen gegeben⁵.

4 Dazu BGE 103 II 251 Erw. 1b und dort zitierte Entscheide.

5 BGE 103 II 71 Erw. 2, 3 Erw. 1.

Anhang

§ 43 *Bemerkungen de lege ferenda*I *Zum Befehlsverfahren*

Das Verfahren zur schnellen Handhabung klaren Rechts ist gegenüber der bisherigen Regelung klar vom kantonalen Vollstreckungsverfahren zu trennen. Ins Gesetz sind auch Vorschriften über die Vollstreckung ausländischer Entscheide aufzunehmen. Die Besitzschutzklagen könnten ins Verfahren zur Handhabung klaren Rechts gewiesen werden, da ihre Beurteilung nach der Praxis oft in diesem Verfahren erfolgt¹. Einer Regelung im Gesetz bedürfen auch die Säumnisfolgen bei Ausbleiben des Klägers und die Frage der materiellen Rechtskraft der Befehlsentscheide.

II *Zu den richterlichen Weisungen*

Die Anwendungsfälle der richterlichen Weisungen in Art. 97 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO sind neu zu überdenken². Bei der vorsorglichen Beweissicherung wäre zu prüfen, ob ihr Zweck erweitert werden sollte³. Ihr Anwendungsbereich ist auf Urkunden und Parteibefragung auszudehnen⁴. Im Gesetz sollte zusätzlich der Gerichtsstand am Ort der Beweiserhebung vorgesehen werden⁵. Es empfiehlt sich auch, das Weisungsverfahren analog dem Befehlsverfahren⁶ zu ordnen und die Weisung auf einseitiges Vorbringen vorzusehen. Namentlich bei Fristerstreckungen rechtfertigt sich ein solches Vorgehen. Die vorsorglichen Massnahmen vor und während der Rechtshängigkeit eines Prozesses sollten einheitlich im Gesetz unter Miteinbezug der einstweiligen Öffnung von Verboten und Rechtboten geregelt werden, wobei die Voraussetzungen für ihre Anordnung zu umschreiben wären. Klarer als bisher ist die in Art. 292 ZPO vorgesehene Schadenersatzpflicht zu regeln⁷.

1 Vgl. vorne § 34 II D 4.

2 Dazu vorne § 38 I.

3 Vgl. vorne § 38 IV A.

4 Vgl. vorne § 38 IV B.

5 Vgl. vorne § 38 IV D 1.

6 Dazu vorne § 35 III.

7 Vgl. dazu vorne § 40 VII.

Schlusswort

Glarus ist neben Nidwalden und Appenzell Innerrhoden der einzige Kanton, welcher keine Entscheide seiner Gerichte veröffentlicht. Dieser Zustand gereicht nicht nur dem Rechtsuchenden, sondern allgemein der Rechtspflege zum Nachteil. Veröffentlichte Urteile geben Anstoss zu wissenschaftlicher Auseinandersetzung und fördern die Rechtsentwicklung. Dass namentlich letztere erschwert ist oder gar unterbleibt, wenn die wichtigsten Urteile nicht publiziert werden, sei an zwei Beispielen aus der Praxis veranschaulicht. Das Obergericht stellte 1959 in einem Entscheid fest, dass im Glarner Zivilprozessrecht Vorschriften über die Wiederherstellung einer Frist fehlen¹. Trotzdem fand dieser Rechtsbehelf anlässlich der Revision von 1965 keine Aufnahme im Gesetz. Im Jahre 1935 regte das Zivilgericht in einem Urteil als zukünftige gesetzliche Regelung an, im beschleunigten Verfahren sei bereits die erste Vorladung mit der Androhung der Versäumnisfolgen zu verbinden². Trotz diesem berechtigten Vorschlag wickelt sich das Säumnisverfahren im beschleunigten Verfahren auch heute noch in gleich schleppender Weise ab wie im ordentlichen Verfahren. Da die Entscheide nicht publiziert werden, geraten sie wieder in Vergessenheit und verschwinden nach einiger Zeit im Archiv. Das Beispiel mit dem Rechtsbehelf der Wiederherstellung zeigt auch deutlich, dass dem Rechtsuchenden infolge der fehlenden Publikation der Einblick in die Gerichtspraxis verwehrt ist. Er weiss nicht, ob und unter welchen Voraussetzungen er im Glarner Zivilprozess Anspruch auf Wiederherstellung einer Frist hat. Die Veröffentlichung der Entscheide trägt mithin auch zur Rechtssicherheit und zu einer kontinuierlichen Praxis bei. Damit bleibt den Rechtspflegeorganen zusätzlich Arbeit erspart, indem sie auf frühere Entscheide zurückgreifen können und sich nicht immer wieder bei gleich gelagerten Fällen von Grund auf neu mit dem Problem befassen müssen. Nicht zuletzt würde eine Veröffentlichung der wichtigsten Urteile den seit jeher im Glarner Zivilprozess geltenden Grundsatz der Öffentlichkeit vervollkommen, gewinnt doch diese dadurch Einblick in die Tätigkeit der Gerichte. Finanziell ist die Publikation der Urteile ohne weiteres tragbar, da sie wie in anderen Kantonen auch im Rechenschaftsbericht des Obergerichtes erfolgen könnte. Dies erspart diejenigen Kosten, welche selbständige Entscheidungsbände mit sich bringen. Namen der Parteien sind bei der Veröffentlichung wegzulassen, und der Sachverhalt ist nur insoweit zu schildern, als dies für das Verständnis der richterlichen Erwägungen vonnöten ist. Dies bietet den Parteien Gewähr dafür, dass ihr Streitfall nicht an die Öffentlichkeit gelangt. Abschliessend bleibt zu hoffen, dass auch der Kanton Glarus in absehbarer Zeit zum Kreis derjenigen Kantone gehört, welche im Interesse der Rechtspflege die wichtigsten Entscheide der Öffentlichkeit zugänglich machen.

1 OGE 27.10.1959; vgl. dazu vorne § 25 III A.

2 ZGE 16.3.1935; vgl. dazu vorne § 20 III D.

LEBENS LAUF

Am 28. Februar 1953 wurde ich in Zürich geboren. In Ennenda besuchte ich von 1960 bis 1966 die Primarschule. Anschliessend trat ich in die Gymnasialabteilung der Kantonsschule Glarus über, die ich im Herbst 1972 mit der Matura Typus B verliess. Im Oktober 1972 immatrikulierte ich mich an der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich. Am 14. Juli 1976 wurde ich zum Lizentiaten beider Rechte promoviert. Zu Beginn des Jahres 1977 begann ich mit der Arbeit an der vorliegenden Dissertation. Von Dezember 1978 bis März 1980 war ich als Auditor und Sekretär am Bezirksgericht Zürich tätig. Am 23. Januar 1980 wurde ich zum Doktor der Rechtswissenschaft promoviert. Seit April 1980 bin ich als Mitarbeiter in einem Glarner Anwaltsbüro beschäftigt.

